

La Validité Des Systèmes Juridiques: Les Théories De La Norme Basique

The validity of the juridical systems: the theories of the basic norm

ANDRES ABEL RODRIGUEZ VILLABONA

*Professeur à l'université Santo Tomás à Bogota (Colombie), à l'université nationale de Colombie et à l'université libre à Bogota (Colombie). Doctorant à l'Université Pierre Mendes 2, Grenoble, France, dans le centre d'études et de recherche sur le droit, l'histoire et l'administration publique (cerdhap). Chercheur du « centro de estudios de derecho, justicia y sociedad » (dejusticia).
andresrodriguez@usantotomas.edu.co*

*Professor at the Santo Tomas University in Bogota, Colombia, at the National University of Colombia and at the Libre University in Bogota, Colombia. Doctor from the Pierre Mendes University 2 in Grenoble, France, at the centre for studies and investigation on law, history and public administration (cerdhap). Investigator at the "Centre for studies of law, justice and society" (dejusticia). E-mail:
andresrodriguez@usantotomas.edu.co*

*Fecha de recepción: 10 de junio de 2011
Fecha de evaluación: 14 de junio de 2011
Fecha de aprobación: 21 de junio de 2011*

Résumé: La validité des systèmes juridiques est l'un des problèmes les plus fréquemment traités par la théorie du droit. Pour l'aborder on a proposé de concevoir une norme au-dessus des autres normes de l'ordre juridique, qui a reçu le nom de norme basique, suprême, fondamentale, ultime, etc. Elle constituerait le critère ultime de validité et expliquerait l'unité du système. De cette manière, l'objectif spécifique de cet article est d'examiner les théories qui expliquent le caractère juridique des règles et du système en proposant une telle norme basique. La première partie de ce travail sera consacrée à la présentation détaillée

et synthétique de ces théories, suivie d'une comparaison pour déterminer ainsi quels sont leurs apports et mérites. Une analyse d'un point de vue critique des théories exposées dans la première partie sera l'objet de la seconde. Elle se réalisera à partir des textes de plusieurs auteurs qui ont travaillé sur ces théories. Après avoir établi les réussites et la portée des critiques, il sera possible de tester quelques idées pour aborder le problème de la nature du droit comme système juridique.

Mots clés : validité, norme fondamentale (*grundnorm*), ordre juridique, règle de reconnaissance (*rule of recognition*), légitimité, efficacité

Abstract: The validity of the juridical systems is one of the problems that juridical theory has dealt with more often. To approach it has been proposed a conception on a norm above all the other norms of juridical ordering, that has received the name of basic norm, supreme, fundamental, ultimate, etc, and that would build the ultimate criterion for validity and explain the unity of the system. In this way, the specific objective of this article is to examine the theories that explain the juridical character of the rules and the system proposing such basic norm. The first part of this work will be consecrated to the detailed and synthetic presentation of these theories, followed by a comparison to determine which are its contributions and its merits. An analysis from the critical point of view of the

exposed theories in the first part will be the objective of the second part, an analysis that will be made from the texts of some authors who have worked on these theories. After having established the successes and reach of these critics, it will be possible to evaluate some ideas to take on the problem of the nature of law as a juridical system.

Key words: Validity, fundamental norm, juridical ordering, rule of acknowledgement, legitimacy and efficacy.

Resumen: La validez de los sistemas jurídicos es uno de los problemas que la teoría jurídica ha tratado con mayor frecuencia. Para abordarlo se ha propuesto la concepción de una norma por encima de las demás normas del ordenamiento jurídico, que ha recibido el nombre de norma básica, suprema, fundamental, última, etc., y que constituiría el criterio último de validez y explicaría la unidad del sistema. De esta forma, el objetivo específico de este artículo es examinar las teorías que explican el carácter jurídico de las reglas y del sistema proponiendo dicha norma básica. La primera parte de este trabajo estará consagrada a la presentación detallada y sintética de estas teorías, seguida de una comparación para determinar cuáles son sus aportes y sus méritos. Un análisis desde el punto de vista crítico de las teorías expuestas en la primera parte será el objeto de la segunda, análisis que se realizará a partir de los textos de algunos autores que

han trabajado sobre estas teorías. Después de haber establecido los aciertos y el alcance de estas críticas, será posible evaluar algunas ideas para abordar el problema de la naturaleza del derecho como sistema jurídico.

Palabras clave: Validez, norma fundamental, ordenamiento jurídico, regla de reconocimiento, legitimidad, eficacia.

Tipo de artículo: Investigación Científica

INTRODUCTION

Il est difficile de comprendre les rapports entre les membres d'une communauté sans l'existence de normes. En effet, ces rapports peuvent être observés du point de vue de l'attribution de facultés et la prescription de devoirs au moyen de telles normes. C'est pourquoi elles constituent l'un des mécanismes principaux pour diriger la conduite humaine. Cette affirmation est l'objet d'un accord général, que ce soit dans la perspective de la science politique, de la sociologie, de la psychologie et des autres sciences humaines. Par ailleurs, un tel consensus sur l'importance des normes est encore plus évident parmi ceux qui réfléchissent sur le droit.

Il ne serait pas suffisant de parler des normes d'une manière générale sans avoir pris en compte leurs caractéristiques principales. Pour ce faire, il est intéressant d'indiquer le rôle des normes dans une situation quotidienne quelconque. Par exemple, un ami me prévient que l'équipe de football de ma ville va jouer ce soir au stade municipal. Pour y assister, il est nécessaire de posséder un ticket d'entrée. Après mon arrivée au stade, je me dirige au guichet et j'en achète un. Une fois à l'intérieur, je me rends compte que le vendeur s'est trompé et qu'il m'a rendu plus d'argent qu'il ne fallait. Dans mon esprit, apparaît alors un certain sentiment d'inquiétude, car je considère que je dois rendre de l'argent. Bien que le match soit sur le point de commencer, je retourne au guichet et j'ai la conscience plus tranquille. Pourtant, le match a déjà débuté et ma place est au milieu d'un rang bondé de spectateurs. J'ose passer en faisant lever plusieurs personnes et en coupant leur champ de vision. Ceci est la cause de quelques reproches et même de quelques sifflements. Enfin, je parviens à m'asseoir et j'aperçois l'un des spectateurs qui paraît si angoissé par l'issue du match qu'il se met à prier. Immédiatement, un vieil homme se plaint de ce manque de respect. Lorsque le spectateur angoissé entend le reproche, il délaisse honteusement ses prières et regarde à nouveau le match. A ce moment, l'un de joueurs de l'équipe de ma ville s'apprête à marquer un but. Mais de manière inattendue, l'arbitre siffle un arrêt de jeu. Je me mets debout et, un peu fâché, je demande à quelqu'un pourquoi l'arbitre a sifflé. Il me répond que le joueur était en position « hors jeu ».

Il est possible de considérer ces situations autour d'un match de football comme l'application des certains types de normes. L'achat du ticket est régi par une sorte de règle que l'on appelle «le droit». L'une des normes du droit régleme certains accords entre les individus dans lesquels un échange a lieu. La conséquence la plus remarquable de cette norme est que les individus sont obligés de faire ce sur quoi ils se sont accordés. Elle dispose ainsi que l'accord constitue un contrat de vente et que les parties doivent faire ce qu'ils ont prévu dans ce contrat. Dans notre exemple, pour entrer dans le stade, un contrat de vente de ticket a eu lieu. Il s'agit d'une norme si importante que si l'on n'y obéissait pas, il serait très difficile d'avoir des rapports avec les autres personnes dans la communauté.

La deuxième situation où le vendeur s'est trompé et où je lui ai rendu la monnaie excédentaire montre l'existence d'un autre type de normes. Bien qu'elles n'aient pas une origine institutionnelle — comme la plupart des règles de droit — ces normes déterminent le comportement des personnes d'une manière aussi considérable que celles du droit. L'ensemble de telles normes est généralement connu comme «la morale». L'une des normes de la morale exige d'être honnête et de ne pas profiter de l'erreur d'autrui. De plus, le contenu de cette norme peut correspondre au contenu d'une règle de droit. Dans notre exemple, c'est alors cette norme de la morale qui impose de rendre l'argent au vendeur.

Il existe également une autre sorte de norme qui a quelques ressemblances avec les normes de la morale. Pourtant elle n'a pas, en principe, des effets très profonds sur l'esprit. Il s'agit plutôt de normes ayant le but de rendre plus aisée la vie quotidienne et les rapports intersubjectifs, et qui sont nommées les mœurs, les coutumes, ou les usages. Ce sont des normes qui régissent des conduites qui n'ont pas de conséquences juridiques ou morales, mais qui peuvent affecter le déroulement des relations entre les individus. C'est ainsi que l'on ne doit pas arriver en retard à un spectacle pour ne pas déranger les autres spectateurs.

Lorsque le vieil homme critique le spectateur qui se met à prier pour la victoire de son équipe, il se réfère à un autre type de norme se rapportant aux croyances religieuses. Il s'agit en effet de la morale religieuse, laquelle impose un nombre appréciable de règles de conduite. Il est d'ailleurs possible que la religion ait déterminé à l'origine le comportement général des individus en communauté. Cela expliquerait, par exemple, les relations entre les normes de la religion et les normes morales. C'est ainsi que la personne qui a désapprouvé l'attitude de celui qui avait prié pourrait penser à la norme qui interdit de le faire pour des situations peu importantes. C'était peut-être une norme dérivée des Dix Commandements.

Enfin, il y a une situation où sont appliquées des normes qui ne sont ni juridiques, ni morales, et qui ne sont ni des mœurs ou coutumes, ni des normes religieuses. Le football, comme tous les sports et jeux, se déroule sur la base de certaines normes. Elles établissent les conditions pour qu'un but soit marqué, pour

qu'un «corner» soit signalé ou pour que l'arbitre sanctionne un «hors jeu». Si une comparaison est réalisée, les normes des jeux ont un objectif très spécifique et n'affectent pas notablement les relations sociales. De toute façon, le jeu ne pourrait pas être compris en dehors des normes qui le constituent.

Le droit et les normes qui en font partie sont le thème général de ce travail. Dans cette optique, quelques questions importantes surgissent : quelles sont les règles de droit ? Quelle est leur différence avec les autres types de règle ? De quelle manière on établit la juridicité d'une norme ? Dans notre exemple, il n'a pas été très difficile de déterminer quelles étaient les normes juridiques et de les distinguer des autres sortes de norme. Cependant, ce n'est pas toujours si simple. Très souvent, les avocats, les juges, les fonctionnaires et les particuliers ne sont pas d'accord à propos du caractère juridique d'une certaine norme. Par conséquent, lorsque l'on se demande ce qui distingue le droit de la morale, des mœurs et des autres espèces de règle, on se pose la question des caractéristiques essentielles "du juridique", on cherche un concept de droit.

Plusieurs réponses y ont été données. Néanmoins, il y en a une qui est si simple qu'elle semble une tautologie. On affirme qu'une norme est juridique lorsqu'elle fait partie d'un ordre juridique. La simplicité de cette affirmation occulte un changement de perspective décisif. Ainsi, l'exemple proposé se réfère, en principe, à des normes individuelles, où l'on prend une règle spécifique, et on la classifie en essayant d'établir ses principales caractéristiques. Il s'agit du cas où

les éléments individuels sont complétés par une vision d'ensemble. Pour autant, la réponse quant au caractère du droit part d'une compréhension de l'ensemble des règles et du droit qui constitue un ordre ou un système.

L'affirmation antérieure éclaircit le chemin. Toutefois, de nouvelles questions se posent : de quelle manière différentes normes peuvent-elles conformer un ordre ou un système ? Comment peut-on déterminer quelles normes font partie du système ? Les règles de droit sont-elles complètement différentes des autres sortes de norme ? Est-il possible de les distinguer ? Est-il possible que l'ordre juridique contienne des normes provenant d'autres ordres normatifs ? Pour que les personnes auxquelles les normes s'adressent se comportent effectivement selon ces normes, est-il plus convenable qu'elles soient rangées dans un système ? La première impression que donnent ces nouvelles questions est d'avoir déplacé le problème. En d'autres termes, on se demande d'abord si une norme est juridique et la réponse donnée est qu'elle l'est si elle appartient à un système juridique. Ensuite, on cherche à savoir comment un système de normes constitue un système juridique et comment les normes peuvent en faire partie.

Ce qui importe ici, c'est de remarquer qu'il est utile de concevoir le droit non pas comme un simple ensemble de normes, mais comme un système normatif. Ainsi, la discipline qui étudie le droit n'a pas seulement le propos d'analyser les normes individuellement considérées, mais elle examine également le système formé par de telles normes. C'est pourquoi notre travail se dirige vers cette vision

du droit, pris comme un système où les rapports entre les éléments sont aussi importants que les éléments eux-mêmes.

Les nouvelles questions se réfèrent à certains problèmes spécifiques des systèmes juridiques. La façon dont un ensemble hétérogène de normes forme un système est difficile à saisir, car le droit est constitué par des normes nombreuses et diverses. Il peut ainsi y en avoir une établissant les conditions pour la création d'une société commerciale, une qui interdit de se marier avec une personne déjà mariée, et une autre qui dispose que nul ne doit être inquiété pour ses opinions. On est confronté au problème de savoir ce qui rejoint des normes aussi différentes à l'intérieur d'un seul et même système juridique. Il s'agit donc de la question de l'unité des ordres juridiques.

L'appartenance d'une norme à un système juridique (ce qui permettrait de la différencier d'autres types de norme) peut avoir plusieurs significations. L'une d'elles est celle qui considère que si la norme appartient à l'ordre juridique, elle est une norme obligatoire, c'est-à-dire qu'elle impose une obligation à ceux à qui elle s'adresse. Une autre est d'appréhender les normes faisant partie du système comme des normes valides. La plupart des auteurs ont plus ou moins rapporté le concept de validité de règles de droit à leur appartenance à l'ordre juridique. La validité sera l'un des problèmes récurrents qui sera traité.

Les nouvelles questions soulèvent un autre problème. Il s'agit des rapports entre les comportements des personnes auxquelles les normes juridiques s'adressent et le système juridique qui contient ces normes ; autrement dit, les relations entre les réalités sociales et l'ordre juridique, entre la sphère des circonstances réelles et la sphère du droit. L'une des perspectives à partir desquelles il est possible d'observer ces rapports est celle du concept d'efficacité, c'est-à-dire le fait que les comportements des destinataires des normes juridiques correspondent effectivement à ce qui est prévu par celles-ci.

Trois séries de problèmes viennent d'être évoquées, relatives à trois concepts étroitement liés à la conception du droit comme système : l'unité, la validité et l'efficacité. La question globale se réfère ainsi à ce qu'unifie le système juridique, à ce qui valide les normes qui en font partie et au lien avec les réalités en termes d'efficacité. Il s'agit de savoir si les systèmes juridiques possèdent ces caractéristiques et qu'est-ce qui permet à ces systèmes d'avoir de telles caractéristiques.

Tout au long de l'évolution de la pensée juridique, diverses thèses pour expliquer l'unité, la validité et l'efficacité du système juridique ont été proposées. Néanmoins, l'une d'elles a été l'objet d'un intérêt considérable, soit parce qu'elle a été soutenue par plusieurs auteurs, soit parce qu'elle a été critiquée. La formulation générale de cette thèse consiste à dire que les ordres juridiques sont hiérarchisés en ce sens que la validité d'une norme dépend de la validité d'une

autre norme qui lui est supérieure. Il existe donc une norme très particulière, car la validité de toutes les normes du système est fondée directement ou indirectement sur elle, mais cette norme ne fonde pas sa validité sur une autre norme qui lui serait encore supérieure. Sa forme peut être assez simple : par exemple, «la norme N+1 (la suivante dans la hiérarchie) est une norme valide». La validité des normes de l'ordre juridique repose alors sur cette norme et elle ne se pose pas au-delà de celle-ci. C'est pourquoi elle reçoit le nom de norme basique, suprême, fondamentale, ultime, etc. Quoi qu'il en soit, elle constituerait le critère ultime de validité et expliquerait l'unité du système. De cette manière, l'objectif spécifique de ce travail est d'examiner les théories qui expliquent le caractère juridique des règles et du système en proposant une telle norme basique.

Pour traiter ces problèmes d'une façon structurée, on a pensé à une démarche assez classique qui, pour cette raison, a prouvé ses avantages. Il s'agit d'un procédé en deux temps : d'abord, présenter, analyser et comparer les théories qui recourent à une norme différente des autres normes de l'ordre pour expliquer leur caractère juridique ; une norme qui est généralement posée au-dessus de celles-ci dans la mesure où elle fonde leur validité. Ensuite, essayer une réflexion critique ; établir d'une part les apports et les convenances et d'autre part, les points faibles et les échecs ; arriver même à proposer, à partir du travail réalisé, d'autres formes d'aborder le problème, d'autres possibilités pour le comprendre.

Par conséquent, la première partie de ce travail sera consacrée à la présentation détaillée et synthétique de ces théories, suivie d'une comparaison pour déterminer ainsi quels sont leurs apports et mérites. Une analyse d'un point de vue critique des théories exposées dans la première partie sera l'objet de la seconde. Elle se réalisera à partir des textes de plusieurs auteurs qui ont travaillé sur ces théories. Après avoir établi les réussites et la portée des critiques, il sera possible de tester quelques idées pour aborder le problème de la nature du droit comme système juridique.

I. LES PROPOSITIONS THEORIQUES

Deux sous-titres constituent cette première partie du présent article. Dans le premier, on présentera les deux principales théories qui ont proposé une norme basique, suprême, fondamentale ou ultime pour expliquer la validité des normes d'un système juridique. Dans le second, une comparaison entre ces théories sera réalisée pour déterminer les avantages et les problèmes de l'une par rapport à l'autre.

1. LES THEORIES QUI PROPOSENT L'IDEE D'UNE NORME BASIQUE

Ce sous-titre a le propos d'exposer et d'analyser les deux principales théories qui ont expliqué la validité de la constitution en proposant une norme «basique»,

«fondamentale» ou «première» : premièrement, celle de la «norme fondamentale» (*grundnorm*), qui est l'un des éléments les plus importants de la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen ; deuxièmement, la théorie de la règle de reconnaissance (*rule of recognition*) de l'auteur anglais Herbert Hart, qui poursuit la ligne normativiste de Kelsen, mais qui aurait des différences remarquables avec cet auteur. {En outre, il serait convenable de remarquer dès maintenant que ces théories expliquent la validité générale de tout le système juridique, mais en faisant la plupart du temps référence à la constitution comme la norme la plus importante de l'ordre juridique. C'est cette dernière perspective que l'on voudrait retenir comme hypothèse, parce qu'on pourrait affirmer que toutes ces théories ont été développées en envisageant la validité du système juridique à travers la constitution. Autrement dit, elles seraient l'explication de la validité de la constitution comme règle du droit et en suivant ce parcours, elles expliqueraient aussi la validité des autres normes du système}.

1.1. La norme fondamentale de H. Kelsen

L'objectif de cette première section est de déterminer les éléments constitutifs de la théorie de la norme fondamentale et de faire une systématisation de ses caractéristiques. Il s'agirait d'une «généalogie» des idées de Kelsen sur la norme fondamentale. Nous suivrons une démarche en trois temps : d'abord, les concepts et les idées de base qui servent à la construction de la théorie de la norme

fondamentale, ensuite ses caractères et ses implications et finalement ce que nous avons appelé les « infléchissements » dans la *Théorie Générale des Normes*.

1.1.1. Les concepts et les idées de base.

Le propos de ce paragraphe est d'établir les éléments théoriques à partir desquels Kelsen commence à bâtir sa théorie de la norme fondamentale. Il s'agit de signaler les « arrières-pensées » qui se trouveraient dans l'explication kelsenienne de la validité de la constitution fondée sur une norme fondamentale. De cette manière, il est possible de trouver une série de concepts et d'idées de base développées à l'intérieur de l'œuvre de Kelsen, principalement dans les deux versions de la *Théorie Pure du Droit* et dans la *Théorie Générale du Droit et de l'État*. Cependant, il existe d'autres idées auxquelles cet auteur fait référence et dont il faut tenir compte pour saisir la nature de la norme fondamentale. Ces idées sont tout particulièrement exposées dans la philosophie d'E. Kant. Ainsi, un tableau formé d'un côté par les concepts de Kant pris par Kelsen, et de l'autre par les présuppositions trouvées dans l'œuvre même de cet auteur pourrait être proposé.

1.1.1.1. Les éléments de la philosophie kantienne dans la norme fondamentale

La portée de l'influence de la philosophie kantienne sur la théorie pure du droit n'est pas l'objet d'un accord parmi les commentateurs de l'œuvre de Kelsen. D'une part, on considère très importante, voire décisive, la présence des concepts et de

la méthodologie kantienne dans la théorie juridique de l'auteur autrichien¹ ; d'autre part, cette présence est assez contestée et même réduite à de simples références isolées qui ne tiennent pas compte du système général du philosophe allemand². Cependant, une lecture comparée entre ces deux auteurs montre que Kelsen utilise explicitement quelques concepts kantiens pour développer sa théorie juridique. C'est pourquoi, lors d'une première approche, il faudrait accepter que les idées de Kant ne soient pas complètement étrangères aux thèses kelseniennes.

¹ Par exemple, selon S. Goyard-Fabre «La Préface de la première édition de la *Théorie pure du droit*, en indiquant le projet épistémologique que nourrit Kelsen d'élaborer une "science objective du droit" tout entière appuyée sur un postulat méthodologique de "pureté", révèle fort clairement l'inspiration kantienne de l'entreprise. », S. GOYARD-FABRE, «L'inspiration kantienne de Hans Kelsen», in *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 2, 1978, p. 204. En général, cet auteur considère que la théorie pure est une application du criticisme de Kant : voir l'article (in Caen 9), p. 39. Voir aussi la préface de M. VILLEY dans : Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs (première partie : doctrine du droit)*, Paris : Vrin, 1979, p. 13.

² C. M. Stamatis nie catégoriquement que la théorie de la norme fondamentale corresponde aux postulats de Kant à propos de la logique transcendantale: «Le mode de construction de la norme fondamentale par Kelsen n'a certainement aucun trait commun avec les développements de la philosophie *pratique* de Kant. Le "devoir être" chez le coryphée de l'Ecole viennoise a le sens d'un *simple type logique*, auquel se rapportent, par la théorie, des actes de volonté. Le problème de la norme fondamentale n'est pas "pratique", comme le voudrait une optique authentiquement kantienne, mais purement gnoséologique. Kelsen s'adresse consciemment dès le début aux approches méthodologiques de la philosophie *théorique* de Kant, quoique à travers les recherches de la gnoséologie *néo-kantienne*, notamment de l'Ecole de Marburg. » C. M. STAMATIS, «La systématisme du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale», in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris : Sirey, tome 31, 1986, p. 52 et 53. Dans le même sens, G. Fassò considère que «Il existe une tendance répandue à voir chez Kelsen, outre le grand juriste qu'il est, également un philosophe ; et ceci non pas tant en raison des bases kantienne incertaines - du reste aujourd'hui pratiquement répudiées - de sa doctrine, que pour les analogies qui ont été relevées entre certaines de ses positions (celles, par exemple, concernant les valeurs, qu'il considère comme irrationnelles) et les principes du néopositivisme, ou positivisme logique, philosophie qui de nos jours recueille un grand nombre d'adhésions. ». Guido FASSO, *Histoire de la philosophie du droit XIXe et XXe siècles* (traduction de Catherine Rouffét), Paris : LGDJ, 1976, p. 224. N. Bobbio considère que le rapport entre la philosophie de Kant et la théorie de Kelsen existe, mais plutôt comme un rapport secondaire. «Kelsen ne peut se dire kantien que dans la mesure où il se réfère à la grande dichotomie entre la sphère du *Sein* et celle du *Sollen*, que l'on fait remonter à Kant. Pour défendre aujourd'hui cette même dichotomie, dans un climat culturel différent, un auteur préférerait présenter d'autres lettres de créances, et *in primis* la distinction hummeinne entre *Is* et *Ought*. En effet, entre la dichotomie kantienne qui sépare le règne de la nécessité de celui de la liberté, et celle qui distingue la nature de la société, il y a toute la différence qui existe entre une approche philosophique et une approche scientifique du problème : la dichotomie kelsenienne se réduit à l'opposition de deux systèmes de représentation de la réalité, l'un fondé sur des rapports de causalité, l'autre sur des rapports d'imputation. Il n'est aucunement nécessaire de déranger Kant pour expliquer l'origine et comprendre la signification des thèses de Kelsen, même si celui-ci se réfère à plusieurs reprises à la *Critique de la raison pure*. ». N. BOBBIO, «Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », in *Essais de théorie du droit*, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998, p. 210.

De toutes façons, en ce qui concerne la norme fondamentale, il est possible de trouver deux points dans lesquels des conceptions kantienne auraient été appliquées : d'une part, dans son caractère de «condition logique transcendantale» de l'étude scientifique du droit ; d'autre part, dans le fait que Kelsen aurait trouvé une inspiration encore plus directe dans la *Métaphysique des mœurs* de Kant.

Les conditions logiques transcendantales

Dans l'explication de la théorie de la norme fondamentale, Kelsen affirme qu'une des idées qui lui permet de proposer une telle norme est celle des «conditions logiques transcendantales», laquelle, selon lui, fait partie de la théorie de la connaissance de Kant. Ainsi, il soutient qu'«en tant que l'hypothèse d'une certaine norme fondamentale permet seule de reconnaître à l'acte ou au fait constituants, et aux actes ou faits réalisés conformément à cette constitution, la signification objective qui concorde avec leur signification subjective, c'est-à-dire de leur reconnaître le caractère de normes juridiques objectivement valables, on peut dire que la norme fondamentale que présente la science du droit est — s'il est permis d'utiliser par analogie un concept de la théorie kantienne de la connaissance — la condition logique transcendantale de cette interprétation»³. Pour cette raison, selon Kelsen, seule une norme fondamentale qui possède le caractère de condition logique transcendantale permet «une interprétation de la

³ *Théorie pure du droit* (trad. fr. de la 2e éd. de la *Reine Rechtslere* (1960) par Charles Eisenmann), Paris : Dalloz, 1977, p 267. On se référera à cette ouvrage comme *TP 2e éd.* Pour faire référence à la première traduction française (*Théorie pure du droit* (adaptée de la première éd. de la *Reine Rechtslere* (1934) par Henri Thévenaz), Neuchâtel : Ed. de la Baconnière, 1988) on utilisera l'abréviation *TP 1^e éd.*

signification de certains faits comme un système de normes juridiques objectivement valables, descriptibles dans des propositions de droit»⁴, mais surtout, elle seule permet «une interprétation qui ne recoure pas à des autorités méta juridiques telles que Dieu ou la nature»⁵.

Il est vrai que Kant consacre la deuxième partie de la *Critique de la raison pure* à l'étude de la «logique transcendantale». Néanmoins, il ne parle pas explicitement des «conditions logiques transcendantales». De toute façon, cette idée, telle qu'elle est comprise par Kelsen, se trouve implicitement exposée dans l'introduction de cet ouvrage. Kant commence en proposant deux distinctions : premièrement, il distingue la *connaissance empirique* de la *connaissance pure*, dans la mesure où l'on se pose «une question qui exige encore un examen plus approfondi et que l'on ne saurait résoudre du premier coup d'œil, que celle de savoir s'il y a une connaissance de ce genre, indépendante de l'expérience et même de toutes les impressions des sens. De telles *connaissances* sont appelées *a priori* et on les distingue des *empiriques* qui ont leur source *a posteriori*, à savoir dans l'expérience»⁶. Deuxièmement, après avoir remarqué le besoin d'une science

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ E. KANT, *Critique de la raison pure* (traduit de l'allemand par A. Tremesaygues et B. Pacaud), Paris, Presses Universitaires de France, 1984, p. 32. À l'intérieur de cette catégorie de connaissances *a priori*, Kant distingue entre les connaissances *a priori* pures et celles qui ont un rapport avec l'expérience, malgré son caractère «pur» : «Aussi par connaissances *a priori* nous entendrons désormais non point celles qui ne dérivent pas de telle ou telle expérience, mais bien celles qui sont *absolument* indépendantes de toute expérience. A ces connaissances *a priori* sont opposées les connaissances empiriques ou celles que ne sont possibles qu' *a posteriori*, c'est-à-dire, par l'expérience. Mais, parmi les connaissances *a priori*, celles-là sont appelées *pures* auxquelles n'est mêlé absolument rien d'empirique. Par exemple, cette proposition : Tout changement a une cause, est bien *a priori*, mais n'est point pure cependant, puisque le changement est un concept que l'on ne peut tirer que de l'expérience. ». E. KANT, *ibidem*.

qui détermine les principes et l'étendue des connaissances *a priori*, Kant distingue les *jugements analytiques* des *jugements synthétiques*. Ainsi, il considère que dans les jugements où un rapport entre un sujet et un prédicat est pensé, il est possible d'établir un tel rapport de deux manières : «Ou le prédicat B appartient au sujet A comme quelque chose qui est contenu (implicitement = *versteckter Weise*) dans ce concept A, ou B est entièrement en dehors du concept A, quoi qu'il soit, à la vérité, en connexion avec lui. Dans le premier cas, je nomme le jugement *analytique* dans l'autre *synthétique*. Ainsi les jugements (les affirmatifs) sont analytiques quand la liaison du prédicat au sujet y est pensée par identité ; mais on doit appeler jugements synthétiques ceux en qui cette liaison est pensée sans identité⁷». Cependant, Kant identifie aussi les *jugements synthétiques a priori* qui lient deux concepts complètement différents sans recourir au champ de l'expérience⁸. La conclusion est donc que «sur de tels principes synthétiques, c'est-à-dire extensifs, repose la fin tout entière de notre connaissance *a priori* spéculative, car les principes analytiques sont, à la vérité, grandement importants et nécessaires, mais seulement pour arriver à cette clarté des concepts requise pour une synthèse sûre et étendue, comme pour une acquisition réellement nouvelle. »⁹. Il pose cela comme le véritable problème de la raison pure : «Comment des jugements synthétiques a priori sont-ils possibles ?¹⁰»

⁷ E. KANT, *ob. cit.*, p. 37.

⁸ «Quel est ici l'[inconnu] X, sur quoi s'appuie l'entendement, quand il croit trouver, hors du concept de A, un prédicat B qui lui est « étranger, mais qui est toutefois lié à ce concept ? Ce ne peut pas être l'expérience, puisque c'est non seulement avec plus de généralité que l'expérience n'en peut fournir, mais aussi avec l'expression de la nécessité, par suite entièrement *a priori* et par simples concepts, que le principe en question ajouté cette seconde représentation à la première». E. KANT, *ob. cit.*, p. 39.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ E. KANT, *ob. cit.*, p. 43.

Pour Kant, seule une connaissance théorique *a priori* permettrait d'expliquer la possibilité des sciences, au-delà du fait de leur réalité même. C'est ainsi qu'il pose la question à laquelle Kelsen fait référence¹¹ : «La solution du problème énoncé implique aussi la possibilité de l'usage pur de la raison dans l'établissement et dans le développement de toutes les sciences qui contiennent une connaissance théorique *a priori* des objets, c'est-à-dire la réponse à ces questions : Comment la mathématique pure est-elle possible ? Comment la physique pure est-elle possible ? »¹².

Que la norme fondamentale soit pour Kelsen une condition logique transcendantale, c'est-à-dire qu'elle accomplisse cette fonction à l'intérieur (on devrait dire à la tête) du système juridique tel qu'il est conçu par cet auteur, cela ne ferait pas de doute. Que cette norme corresponde aux concepts de la philosophie kantienne, ou qu'elle soit au moins le résultat d'une compréhension correcte de cette philosophie, cela peut être contesté. La question est alors de savoir pourquoi Kelsen utilise, pour son analyse du droit, des éléments de la philosophie théorique kantienne, contenus dans la *Critique de la raison pure*, alors que Kant a traité le problème des normes juridiques et morales dans la partie *pratique* de sa philosophie. Cela permet, d'une part, de mettre en cause le fait que Kelsen ait utilisé dans la philosophie de Kant le système qu'elle constitue dans la pensée de

¹¹ «De même que Kant pose la question de savoir comment une interprétation de faits donnés à nos sens exempte de toute métaphysique est possible dans les lois naturelles formulées 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. » TPD II, p. 267.

¹² *Ibidem*.

ce dernier, et d'autre part, de prétendre que le caractère logique transcendantal supposé de la norme fondamentale n'est pas la conséquence d'une analyse d'ensemble de la théorie de la connaissance de Kant, mais l'utilisation de quelques concepts isolés qui s'accordent plutôt aux objectifs de Kelsen¹³.

La «norme fondamentale normative» de Kant

Après avoir vu que le rapport entre la norme fondamentale et les éléments de la philosophie théorique de Kant n'est pas aussi clair qu'une première lecture de la théorie pure le laisserait croire, il faudrait chercher du côté de la philosophie pratique pour déterminer si c'est là que se trouve l'inspiration kantienne de Kelsen. C'est ainsi que R. Alexy considère qu'il est possible de trouver dans la doctrine du droit de Kant les éléments essentiels d'une théorie de la norme basique comme celle de Kelsen, dans la mesure où le philosophe propose une norme de droit rationnel ou naturel qui précède les lois positives et qui fonde la compétence du législateur pour édicter les normes juridiques. Alexy arrive même à la nommer «norme fondamentale normative», par rapport à celle de Kelsen qui serait une «norme fondamentale analytique»¹⁴.

Pour faire cette affirmation, Alexy s'appuie principalement sur une comparaison entre la théorie de la norme fondamentale et la pensée de Kant contenue dans la première partie de la *Métaphysique des mœurs* qui est consacrée à la *Doctrine du*

¹³ C. M. STAMATIS, *ob. cit.*, p. 52 et 53.

¹⁴ R. ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (Colección «Estudios Alemanes»), 1^a. edición, Barcelona: Gedisa, 1995, (Traducción de Jorge M Seña), p. 96 et 116.

droit. Ainsi, dans cet ouvrage, il y aurait trois éléments à remarquer. Premièrement, la doctrine de Kant présente une des caractéristiques principales du jusnaturalisme, dont on a déjà parlé¹⁵ : il établit une dualité entre le droit naturel et le droit positif et considère que le premier est placé au-dessus du second et par conséquent, il est le fondement de ce dernier¹⁶. Deuxièmement, la «norme fondamentale normative» de Kant aurait une caractéristique qui la rapproche de la norme fondamentale de Kelsen : le droit, de la même façon que les sciences de la nature, possède certaines conceptions *a priori*, certains principes fondamentaux qui permettent la construction d'un concept de droit et l'élaboration d'une science juridique. C'est pourquoi Kant considère que «de même que dans la mathématique pure nous ne pouvons pas dériver immédiatement du concept les propriétés de son objet, mais qu'au contraire nous ne pouvons les découvrir que par la construction du concept, de même ce n'est pas tant le *concept* du droit qu'une contrainte totalement réciproque et égale, sous des lois universelles, qui rend possible la représentation du concept. Mais comme ce concept dynamique dans la mathématique pure (par exemple dans la géométrie) a encore à son fondement un concept simple formel, de même la raison a-t-elle pris soin de procurer autant que possible des intuitions *a priori* à l'entendement en vue de la construction du concept de droit.»¹⁷. Troisièmement, Kant s'approcherait beaucoup de l'idée d'une

¹⁵ Voir *supra*, p.10

¹⁶ «En générale, les lois qui obligent, et pour lesquelles une législation extérieure est possible, s'appellent des lois externes (*leges externae*). De ce nombre sont celles dont l'obligation peut être reconnue *a priori* par la raison, même sans législation extérieure et qui bien qu'extérieures sont des lois *naturelles*. Celles, au contraire, qui sans une législation extérieure réelle n'obligeraient pas, et ne se seraient pas des lois, s'appellent des lois *positives*». Emmanuel KANT, *Doctrine du droit* (traduit de l'allemand par A. Philonenko), Paris, J. Vrain, 1979, p. 99.

¹⁷ *ob. cit.*, p. 107.

norme fondamentale lorsqu'il affirme qu'il faut une loi naturelle qui fonde la compétence du législateur pour promulguer des normes obligatoires¹⁸.

Cette interprétation de la doctrine de la «norme fondamentale normative» de Kant se heurte à deux problèmes : le premier est mis en évidence par Alexy lui-même lorsqu'il pose la question de savoir si la «norme fondamentale normative» doit tenir compte des principes du droit naturel, car, en première impression, cette «loi naturelle qui fonde l'autorité du législateur» le laisserait croire. Cet auteur répond négativement, dans la mesure où la norme fondamentale de Kant se bornerait à être un postulat qui rend possible une systématisation de l'ordre juridique. Elle ne serait qu'un «principe de la raison pratique» qui exprimerait le devoir d'obéir au pouvoir législatif existant, en faisant abstraction de son origine. De sorte que chez Kant, contrairement à ce qui est traditionnellement soutenu, il y aurait une priorité stricte, mais «jus rationnellement» fondée, du droit positif sur le droit rationnel ou naturel¹⁹. Pourtant, une norme fondamentale considérée d'une telle façon ne détermine pas le contenu du droit, ce qui contredit d'autres idées de Kant qui impliquent que l'une des conditions de la notion du droit est celle d'être juste²⁰. Le problème est compliqué, parce qu'il ferait apparaître une contradiction à

¹⁸ «On peut donc concevoir une législation extérieure qui ne contiendrait rien que des lois positives ; encore faudrait-il qu'une loi naturelle précédât pour fonder l'autorité du législateur (c'est-à-dire la faculté <Befugnis> d'obliger les autres par son simple arbitre). ». Emmanuel KANT, *Doctrine du droit, ob. cit.*, p. 99.

¹⁹ R. ALEXY, *ob. cit.*, p. 118.

²⁰ «Qu'est-ce que le droit? Cette question pourrait embarrasser le *jurisconsulte* autant que le logicien est embarrassé par la question : *Qu'est-ce que la vérité ?* –au cas où le premier ne veut pas tomber dans la tautologie et, au lieu de présenter une solution générale, renvoyer aux lois d'un certain pays à une certaine époque. Ce qui est de droit (*qui sit iuris*), c'est-à-dire ce que disent et on dit des lois en un certain lieu et à une certaine époque, il peut assurément le dire. Mais la question de savoir si ce qu'elles prescrivaient était juste et celle de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste (*iustus et iniustus*) lui resteront obscures,

l'intérieur de la doctrine kantienne du droit. La solution proposée par Alexy consiste à affirmer que le philosophe n'a su tirer les conséquences les plus conformes à ses propres thèses et qu'il s'est laissé influencer par des conceptions de l'État autoritaire de son temps. Malgré cette explication, la contradiction n'est pas dépassée et Alexy est conscient de ce fait. Se laisser influencer par les tendances politiques du moment n'est pas un phénomène bizarre chez les philosophes ; pourtant, il serait possible d'affirmer que le fait de justifier le pouvoir établi n'est pas contraire à une position jusnaturaliste conservatrice chez Kant. Pour quelques auteurs, le fait d'être jusnaturaliste n'implique pas nécessairement d'avoir une attitude conservatrice²¹. Toutefois, lorsque ceux qui ont le pouvoir politique dans une société sentent leur pérennité menacée, il est normal qu'ils recourent à des arguments d'un fond jusnaturaliste : par exemple, dire que leur régime représente le véritable «état des choses» ou qu'il suit tel ou tel principe de justice²².

Le deuxième problème de cette formulation d'une «norme fondamentale normative» qui fait aussi référence à son contenu, est celui de la difficile distinction entre le droit positif et le droit naturel qu'elle impliquerait. Cela correspond à la critique faite au jusnaturalisme qui consiste à soutenir que si le droit positif doit être déterminé par le droit naturel en ce qui concerne son contenu, alors il n'y a pas

s'il n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ces jugements dans la simple raison (quoique ces lois puissent de manière excellente lui servir en ceci de fil conducteur) afin d'établir la fondation pour une législation empirique possible. Une science simplement empirique du droit (comme la tête de bois de la fable de Phèdre) est une tête qui peut être belle ; mais il n'y a qu'un mal : elle n'a point de cervelle.
» Emmanuel KANT, *Doctrine du droit*, *ob. cit.*, p. 103-104.

²¹ Par exemple, FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos*, 1^ª edición, Madrid: Debate, 1984, 58.

²² Alf ROSS, , *On Law and Justice*, London: Stevens & Sons Limited, 1958, 256 et 257.

besoin de deux ordres normatifs, mais d'un seul qui puise dans les principes du droit naturel et qui incorpore aussi les règles opérationnelles du droit positif. Pour résoudre ce problème, il faudrait concevoir un critère de validité de normes positives libre de toute conception morale, qui suppose une correspondance nécessaire entre ces dernières et un droit naturel transcendantal. Un critère qui ne fait qu'expliquer la validité des normes d'un ordre donné, c'est-à-dire qui soit idéologiquement neutre. Ceci est l'objectif que poursuit Kelsen lorsqu'il propose sa théorie de la norme fondamentale.

1.1.1.2. Les Présupposés de la théorie de la norme fondamentale

Outre les éléments de la philosophie kantienne plus ou moins présents dans la théorie pure et dans celle de la norme fondamentale, il est possible de trouver une série de concepts développés à l'intérieur de l'œuvre de Kelsen elle-même et qui servent de base à la proposition d'une norme fondamentale. Celle-ci prend ainsi comme point de départ plusieurs idées qui, en même temps, constituent des éléments essentiels pour la construction générale de la théorie pure. Il convient de commencer par la notion de validité et le fondement de la validité d'une norme selon Kelsen, puis voir le caractère spécifique des normes juridiques pour enfin arriver aux idées générales sur le système juridique.

Le concept de validité et le fondement de la validité d'une norme

Le concept de validité occupe une place prédominante, voire essentielle dans l'ensemble de la théorie pure. Pour Kelsen, la validité est «le mode d'existence spécifique des normes»²³. Trois caractéristiques sont tirées de cette notion de validité : en premier lieu, c'est un mode d'existence différent de celui des phénomènes naturels ; c'est ainsi que bien qu'une norme existe quand elle est valable, «il s'agit d'une existence spéciale, différente de celle des faits naturels, encore qu'elle soit en étroite relation avec de tels faits. Pour qu'une norme existe, il faut qu'elle ait été créée par un acte, soit par un fait qui s'est produit dans l'espace et dans le temps. En outre une norme règle la conduite des individus ; elle s'applique donc à des comportements, qui eux aussi se situent dans l'espace et dans le temps»²⁴. À partir de cette différence générale, il est possible d'en établir une autre plus spécifique : celle qui existe entre la norme elle-même et l'acte dont elle est la signification. D'un côté, on a l'acte par lequel une norme est posée (par exemple, l'acte de promulgation d'une loi, l'acte par lequel un juge donne sa décision, la conclusion d'un contrat et même, selon Kelsen, les actes qui constituent le fait de la coutume²⁵) ; de l'autre, on a la norme qui est la conséquence de cet acte (dans l'exemple, la loi, la décision judiciaire, le contrat, la coutume)²⁶.

²³ TP 2^e éd., p. 13

²⁴ TP 1^e éd., p. 42 et 43.

²⁵ TP 2^e éd., p. 12.

²⁶ «L'existence d'une norme positive, sa validité, est chose distincte de l'existence de l'acte de volonté dont elle constitue la signification objective. La norme peut valoir alors que cet acte de volonté n'existe plus. Il faut même aller beaucoup plus loin : la norme n'acquiert validité, elle n'entre en vigueur, qu'à un moment où cet acte de volonté a cessé d'exister». TP 2^e éd., p. 14.

En deuxième lieu, selon Kelsen, une norme *valide* signifie également qu'elle est *obligatoire*, c'est-à-dire que les personnes auxquelles la norme valide s'adresse *doivent* se comporter comme la norme le prévoit. Le caractère de norme valide se confond avec son caractère de norme obligatoire. Si une norme est valide, on a le devoir de se comporter comme la norme le prescrit ; par conséquent, le comportement prévu par la norme est un comportement obligatoire. Kelsen soutient catégoriquement que «dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains "est valable", c'est affirmer qu'elle est obligatoire, que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit»²⁷.

En troisième lieu, dans la mesure où la validité est l'existence juridique des normes, on ne peut pas dire qu'elles existent comme un phénomène réel perceptible par les sens ; on ne peut donc pas dire qu'une norme *est* ou qu'elle *n'est pas* si, en utilisant le verbe *être*, on veut dire que les normes ont une existence comparable à celle des choses réelles. Une norme n'est que valide ou invalide et cette validité ne dépend pas du fait que le comportement prévu par cette norme corresponde au comportement réel de ceux à qui elle s'adresse. Pour décrire le fait d'une correspondance entre la réalité et le contenu de la norme (le comportement prévu), il faut utiliser la notion d'efficacité. Si une telle correspondance existe, la norme est alors efficace, et si elle n'existe pas, la norme est alors inefficace²⁸. À partir de cette différence entre validité et efficacité, qui est

²⁷ TP 2^e éd., p. 255.

²⁸ «Puisque la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie (*befolgt*),

l'expression de la différence fondamentale entre l'être (*sein*) et le devoir être (*sollen*)²⁹, la réponse à la question de savoir pourquoi une norme est valide ne peut se trouver que dans une autre norme ; en d'autres termes, dans la mesure où une chose *est*, on ne peut pas conclure que cette chose *doit être* et inversement si une chose doit être, on ne peut pas conclure qu'elle est. La validité d'une norme ne peut dépendre que de ce qui est prévu par une autre. Elle sera donc valide si une autre norme, dite supérieure, autorise quelqu'un à édicter cette norme, c'est-à-dire si la création de cette norme est prévue par une autre norme. Et Kelsen d'affirmer qu'«à cette question de savoir pourquoi une norme est valable, c'est-à-dire pourquoi des individus doivent se conduire de telle ou telle façon, on ne peut pas répondre en constatant un fait positif, un fait de Sein, et qu'ainsi le fondement de validité d'une norme ne peut pas se trouver dans un semblable fait. De ce que quelque chose est, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose doit être ; non plus que, de ce que quelque chose doit être, il ne se peut pas s'ensuivre que quelque chose est. La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés on qualifie la norme que constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle»³⁰.

que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement. Affirmer qu'une norme vaut, est valable, n'équivaut pas simplement à constater le fait qu'elle est appliquée et suivie effectivement». TP 2^e éd., p. 14.

²⁹ La différence entre *Sein* et *Sollen*, "être" et "devoir" ou "devoir être", ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate. Personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela "est" —c'est l'assertion qui décrit un fait positif— est essentiellement différente de la proposition que quelque chose "doit être", — c'est l'assertion qui décrit une norme ; et personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doit être, il ne peut pas suivre que quelque chose est». TP 2^e éd., p. 7 et 8.

³⁰ TP 2^e éd., p. 255 et 255.

Le caractère des normes juridiques

Il est clair que pour Kelsen, les normes, que ce soient juridiques, morales, ou d'un autre type, ne constituent pas des jugements sur la réalité qui décrivent les phénomènes de la nature et qui peuvent être *vrais* ou *faux*. Au contraire, les normes sont constituées par des prescriptions qui prétendent diriger la conduite d'autrui et qui constituent la signification d'un acte de volonté humaine³¹ ; autrement dit, des prescriptions dont le contenu est un commandement, une permission ou une habilitation et qui font référence à la conduite d'autrui, non pas comme une réalité, mais comme un événement qui doit avoir lieu. Ce n'est pas une conduite qui est ce qui constitue le contenu de la norme, mais une conduite qui doit être. Les normes ne peuvent être ni vraies ni fausses, mais *valides* ou *non-valides*. En conséquence, Kelsen dit que «lorsqu'un homme exprime par un acte quelconque la volonté qu'un autre homme se conduise d'une certaine façon, lorsqu'il commande ou permet cette conduite ou l'habilite, on ne peut pas analyser la signification de son acte en énonçant que l'autre se conduira de telle façon ; ce qu'il faut énoncer, c'est que l'autre *doit* se conduire de cette façon. Celui qui ordonne, permet ou habilite, veut ; celui à qui le commandement s'adresse ou celui à qui est donnée la permission ou l'habilitation doivent (*sollen*)»³².

³¹ À propos du problème de la critique du volontarisme juridique qui conteste l'idée d'une volonté toujours derrière les normes juridiques, Kelsen répond qu'il ne peut pas maintenir l'idée que «les actes de vote qui constituent la résolution majoritaire par laquelle une loi est mise en vigueur ne doivent pas nécessairement être des actes de volonté, étant donné que beaucoup de votants ne connaissent pas ou ne connaissent que d'une façon tout à fait insuffisante le contenu de la loi pour laquelle ils votent, et que le contenu de la volonté doit être connu par celui qui veut. Lorsqu'un membre du Parlement vote pour l'adoption d'un projet de loi dont il ne connaît pas le contenu, le contenu de sa volonté est une manière d'habilitation. Ce votant veut que devienne loi quoi que ce soit que contient le projet de loi pour lequel il vote». TP 2^e éd., p. 10, note 1.

³² TP 2^e éd., p. 6.

Cependant, il s'agit d'un caractère général commun à toutes les normes, qui est partagé par les normes juridiques, les normes morales, les mœurs, les règles des jeux, etc. Il est alors nécessaire de trouver ce qui distingue une règle de droit des autres types de règles. Pour Kelsen, ce qui différencie les normes juridiques des autres, c'est que la réaction aux comportements contraires à leurs prescriptions — considérés comme des actes indésirables et socialement nuisibles— est un acte de contrainte³³. Les ordres normatifs qui prévoient des actes de contrainte en réaction aux conduites contraires aux normes sont, selon Kelsen, des «ordres de contrainte». Par conséquent, «Un ordre de contrainte ne se différencie d'un ordre dépourvu du caractère de contrainte (qui repose sur l'obéissance volontaire), que dans la mesure où le premier prévoit des mesures de contrainte à titre de sanctions alors que le second n'en prévoit pas. Ces sanctions sont des actes de contrainte en ce sens que les individus en cause sont privés de certains de leurs biens contre leur volonté, au moyen de la force physique si besoin est. »³⁴. La conclusion est donc qu'il existe «un élément commun qui justifie pleinement cette terminologie et permet au mot *droit* d'apparaître comme l'expression d'un concept dont la signification revêt d'un point de vue social une importance capitale. Le mot se rapporte en effet à la technique sociale spécifique à tout ordre de contrainte»³⁵.

³³ «Par acte de contrainte, on entend un mal —tel que retrait de la vie, de la santé, de la liberté— qui doit être infligé à celui qu'il atteindra, même contre son gré, et, si besoin est, en employant la force physique». TP 2^e éd., p. 46.

³⁴ H. KELSEN, *General theory of norms* (transl. by Michael Hartney), Oxford : Clarendon press, 1991. Version française : *Théorie Générale du droit et de l'Etat* (trad. de l'anglais par Béatrice Laroche), Paris : LGDJ, 1997, p. 70. On fera référence à cet ouvrage par l'abréviation *TGDE*.

³⁵ *Ibidem*.

Le droit comme système dynamique

En ce qui concerne le droit considéré comme un système de normes, Kelsen propose tout d'abord une distinction entre les ordres normatifs statiques et les ordres normatifs dynamiques. D'une part, dans un ordre de caractère statique, le contenu des normes est immédiatement évident, c'est-à-dire que ces normes sont valides en vertu de la dignité intrinsèque de son contenu. De cette façon, les normes inférieures du système se déduisent des normes supérieures de la même manière que le particulier est déduit du général. Les normes inférieures du système statique sont donc impliquées dans les normes supérieures, autrement dit le contenu de celles-là est prévu implicitement par celles-ci. C'est pourquoi il est possible de déduire le contenu de ces normes inférieures à travers une opération intellectuelle d'inférence³⁶. D'autre part, dans un système de caractère dynamique, les normes ne sont pas déduites les unes des autres. Le contenu des normes supérieures est l'établissement d'une autorité qui aura la faculté de création normative et qui pourra conférer une telle faculté à d'autres autorités qui lui seront subordonnées. Par conséquent, les normes d'un système dynamique sont créées par des individus autorisés selon une norme de degré supérieur. Une norme appartient à un système dynamique si elle a été posée selon une autre norme appartenant à un tel ordre et non pas en raison de son contenu. Pour Kelsen, «les systèmes de normes qui se présentent comme des ordres juridiques ont pour

³⁶ Dans un système de type statique, «c'est une vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables, - qu'en d'autres termes, la conduite humaine qu'elles prévoient est considérée comme devant se produire - ; c'est parce que leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général. Par exemple, les normes : on ne doit pas mentir, on ne doit pas se tromper, on doit tenir ses promesses, on ne doit pas porter de faux témoignage, peuvent être déduites de normes qui ordonne la sincérité». TP 2^e éd., p. 258.

l'essentiel un caractère dynamique. Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par la voie du raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée, elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée ; c'est pour cette raison, et pour cette raison seulement qu'elle fait partie de l'ordre juridique dont les normes sont créées conformément à cette norme fondamentale»³⁷. D'ailleurs, dans la mesure où le droit constitue un système dynamique, il est également un système de normes qui ne sont pas placées les unes à côté des autres, mais qui sont rangées dans une structure hiérarchique³⁸.

1.1.2. La théorie de la norme fondamentale

À partir de cette distinction entre les systèmes statiques et les systèmes dynamiques, Kelsen commence à construire la théorie de la norme fondamentale, de sorte que, comme on l'a déjà dit, il définit le droit comme un système dynamique dont les normes font partie, ce qui implique qu'elles sont valides, parce qu'elles ont été posées selon la forme et par l'autorité prévue dans une autre norme de cet ordre. La norme qui fonde finalement la validité de toutes les autres normes de l'ordre et qui ne se fonde plus sur une autre est la *norme fondamentale*. Elle a ce caractère parce que, d'une part elle n'est pas édictée par une autorité

³⁷ TP 2^e éd., p. 261.

³⁸ «L'ordre juridique, en particulier l'ordre juridique personnifié par l'État, n'est donc pas un système de normes liées l'une à l'autre et se situant sur le même plan, il forme une hiérarchie composée de multiples degrés de normes». TGDE, p. 178.

reconnue par le système et ne dérive donc pas d'une autre norme et, d'autre part, elle fonde la validité de toutes les autres normes du système, face auxquelles elle est dans un rapport de supériorité. Toutes les normes qui ont leur fondement de validité dans une même norme fondamentale constituent un seul ordre normatif. Cela explique qu'elle a ce caractère fondamental.

Les ordres normatifs qui sont de nature dynamique ont tous une norme fondamentale qui explique la validité des normes de l'ordre. Dans un système juridique, la norme fondamentale se trouve au-dessus de la norme positive la plus importante du système où les autres normes positives trouvent l'explication de leur validité. Plus particulièrement, elle se situe au-dessus de la constitution et s'il s'agit d'une constitution qui se fonde sur une constitution antérieure, elle se trouvera au-dessus de la constitution historiquement première. La manière dont Kelsen explique la norme fondamentale à travers un processus qui va d'une norme inférieure du système et qui arrive à une telle norme fondamentale montre clairement comme cet auteur conçoit les systèmes juridiques et l'architecture qui les décrit. Il vaut mieux citer *in extenso* le passage où Kelsen réalise cette construction :

La question du fondement de validité d'une norme juridique qui fait partie d'un certain ordre juridique étatique peut (...) se poser à l'occasion d'un acte de contrainte, par exemple lorsque à propos de l'acte par lequel un individu enlève par force la vie à un autre individu, par exemple provoque sa mort par pendaison,

on pose la question de savoir pourquoi cet acte est un acte de droit, l'exécution d'une peine, et non pas un meurtre ou assassinat. On ne peut voir en cet acte un acte de droit, plus précisément l'exécution d'une peine, et non pas un meurtre, que s'il est ordonné par une norme juridique, plus précisément si une norme juridique individuelle pose qu'il doit avoir lieu, une norme qui se présente comme un jugement, un acte juridictionnel. Mais ceci fait surgir la question de savoir à quelles conditions il est loisible d'adopter une telle interprétation, pourquoi il s'agit dans le cas présent d'un acte juridictionnel, d'un jugement ; pourquoi la norme individuelle ainsi posée est une norme juridique valable, qui appartient à un ordre juridique en vigueur et doit par conséquent être appliquée. A cette question, il faudra répondre : parce que cette norme contient une norme générale suivant laquelle, lorsque telles conditions sont réunies qui sont effectivement données dans le cas présent, il devra y avoir condamnation à mort. Mais on devra demander alors : quel est le fondement de la validité de ce Code pénal ? A quoi l'on obtiendra cette réponse : le Code pénal vaut, est valable, parce qu'il a été adopté par le corps législatif et parce qu'une norme de la Constitution de l'Etat donne à celui-ci le pouvoir de poser des normes générales. Soit ; mais où donc se trouve le fondement de la validité de cette Constitution, sur laquelle reposent à son tour la validité de toutes les normes générales et la validité des normes individuelles créées sur la base de ces normes générales ? Quel est donc le fondement de la validité de ces normes qui règlent la création des normes générales, en déterminant par quels organes et suivant quelle procédure elles doivent être créées ? En répondant à cette question, on arrive peut-être à une Constitution plus ancienne, autrement dit l'on fonde la

validité de la Constitution étatique du moment en invoquant qu'elle a été établie conformément aux dispositions d'une Constitution étatique antérieure, qu'elle est issue d'une modification de la Constitution opérée conformément à une norme positive posée par une autorité juridique ; mais en suivant cette voie, on arrive finalement à la Constitution qui est historiquement première, qui n'est plus née de la façon qui vient d'être caractérisée, et dont par suite la validité ne peut plus être rapportée à une norme positive créée par une autorité du droit, - une Constitution qui est entrée en vigueur de façon révolutionnaire, c'est-à-dire ou bien en violation de la Constitution précédemment en vigueur, ou bien pour une sphère qui, antérieurement, n'était pas le domaine de validité d'une Constitution étatique, et d'un ordre juridique reposant sur elle. Que l'on demande alors enfin quel est le fondement de la validité de cette Constitution historiquement première, c'est-à-dire d'une Constitution qui n'est pas née par voie de modification constitutionnelle d'une constitution précédente. Si d'une part on se rappelle que l'on s'interdit d'un droit international, et si d'autre part l'on renonce à rapporter la validité de la Constitution et la validité des normes créées en conformité de cette Constitution à une norme qui aurait été posée par une autorité méta juridique telle que Dieu ou la nature — , il n'y a qu'une réponse possible : la validité de cette Constitution, son caractère de norme obligatoire, doivent être *supposés*, admis comme hypothèses, si l'on veut qu'il soit possible d'interpréter les actes posés conformément à ses dispositions comme la création ou l'application de ces normes juridiques

générales, comme la création ou l'application de normes juridiques individuelles valables³⁹.

La norme fondamentale a donc certaines caractéristiques propres qui la distinguent des autres normes juridiques du système. En outre, elle aurait aussi des conséquences particulières à l'intérieur de la théorie pure.

1.1.2.1. Les caractéristiques de la norme fondamentale

Les caractéristiques propres à la norme fondamentale font référence à la validité du système juridique, à sa propre validité, à son caractère non positif, à ses fonctions et à son contenu.

La conclusion de la question sur la validité

La norme fondamentale met fin à la série de questions sur le fondement de la validité des normes du système juridique. La validité d'une norme ne peut se fonder que dans une autre norme ; pourtant, le processus de justification de la validité d'une norme par rapport à une autre ne peut pas continuer indéfiniment, tel que le processus de la recherche de la cause d'un effet. La fin d'un tel processus est imposée par la norme fondamentale parce qu'elle est la dernière raison de validité du système et parce que la question sur son fondement de validité n'a pas de sens, dans la mesure où elle est une norme supposée. « La recherche du fondement de validité d'une norme n'est pas un *regressus ad infinitum*, à la

³⁹ TP 2^e éd., p. 263 et s.

différence de la recherche de la cause d'un effet ; elle aboutit à la norme la plus élevée, le fondement de validité ultime au sein du système normatif alors qu'une cause première ou dernière n'a pas sa place dans le système de la réalité naturelle»⁴⁰.

La validité de la norme fondamentale

Que la norme fondamentale n'ait pas été posée constitue la différence la plus remarquable de cette norme par rapport aux autres normes du système. Ceci parce qu'il n'existe pas une norme supérieure qui indiquerait la procédure de sa création et une autorité juridique qui aurait cette faculté. La norme fondamentale est une norme dont la validité est alors supposée. « La norme fondamentale n'est pas créée par un organe de création du droit au terme d'une procédure juridique. A la différence d'une norme juridique positive, elle n'est pas valide parce qu'elle est créée par un acte juridique selon un certain procédé, elle est valide parce qu'elle est supposée telle ; elle est supposée valide car, sans ce présupposé, nul acte humain ne pourrait être interprété comme un acte juridique, un acte de création du droit notamment.»⁴¹. La constitution, comme n'importe quelle autre norme positive, a son fondement de validité dans une autre norme, la norme fondamentale, laquelle ne peut pas fonder sa validité sur une autre norme parce qu'elle est la dernière norme du système. C'est pourquoi sa validité constitue un présupposé car son contenu n'est pas la signification subjective d'un acte qui crée du droit, cet acte n'existant pas derrière la norme fondamentale. Le caractère supposé de la norme

⁴⁰ TGDE, p. 165-170.

⁴¹ *Ob. cit* p. 170.

fondamentale est donc une conclusion nécessaire au processus de création de normes juridiques. Cependant, la norme fondamentale, selon Kelsen, n'est que l'une des options qui existent pour expliquer la validité de la constitution et de l'ordre juridique. Il est tout à fait possible de donner un autre type d'explication ; mais si l'on prétend établir un concept positiviste du fondement de la validité des règles de droit et si l'on veut fonder la validité de la constitution sans recourir à aucun être métaphysique, il faut présupposer une norme fondamentale comme condition logique transcendantale de l'interprétation objective du droit.

La norme fondamentale comme norme pensée

La norme fondamentale n'est pas valide parce qu'elle a été posée selon une autre norme du système, mais parce que sa validité est présupposée. C'est pourquoi elle n'est pas non plus l'objet d'un acte de volonté d'une autorité de création du droit. Cela implique, d'une part, qu'elle ne peut pas être une norme voulue par une personne, parce qu'elle ne constitue pas la signification subjective d'un acte de volonté quelconque et d'autre part, qu'elle n'est pas non plus une norme voulue par la science du droit parce que la fonction de cette dernière n'est pas d'être une autorité normative, mais d'arriver à une connaissance objective du droit. Elle n'est donc pas une norme positive. Au contraire, la norme fondamentale est une norme pensée par la science du droit ; autrement dit, c'est la science du droit qui la propose comme condition pour que la signification subjective des actes

du constituant soit interprétée comme la signification objective d'une norme valide⁴².

La fonction de la norme fondamentale

La norme fondamentale aurait une double fonction, selon la perspective intérieure ou extérieure prise par rapport à l'ordre juridique. Premièrement, elle a une fonction spécifique à l'intérieur de l'ordre : concéder le pouvoir de création du droit à l'acte du premier législateur et aux autres actes fondés sur celui-ci. C'est ainsi que, d'une part, une norme posée par de tels actes procède directement de la norme fondamentale si sa validité est justifiée immédiatement par cette norme. Si l'on faisait un syllogisme qui formule les relations entre une norme supérieure et une norme inférieure d'un système dynamique, la prémisse majeure aurait comme contenu la norme fondamentale du système. D'autre part, une norme procède indirectement de la norme fondamentale lorsqu'il est nécessaire de dépasser plusieurs échelons pour arriver à cette dernière ; ou, en d'autres termes, lorsqu'il faut poser plusieurs syllogismes jusqu'à ce que l'on en ait un où la prémisse majeure contient la norme fondamentale. Il s'agit donc d'une justification médiate

⁴² «Cette norme fondamentale ne peut donc pas être une norme voulue, elle ne peut notamment pas être voulue par la science du droit — c'est-à-dire par le juriste qui pratique la science du droit —, mais d'autre part, cette norme fondamentale (plus exactement : son énoncé) est logiquement indispensable pour fonder la validité objective des normes juridiques positives ; donc elle ne peut pas être qu'une norme pensée, plus précisément : une norme qui est pensée comme hypothèse lorsque l'on interprète un ordre de contrainte somme toute efficace comme un système de normes juridiques valables. Du fait de ce caractère de norme simplement pensée, et non plus voulue — pas davantage par la science du droit que par quiconque —, il suit qu'en affirmant cette norme fondamentale, la science du droit n'usurpe en aucune façon une autorité de création de normes. Elle ne prescrit pas que l'on doive obéir aux ordres du constituant. Elle demeure connaissance également lorsqu'elle pose cette affirmation de théorie de la connaissance qu'il est nécessaire de supposer la norme fondamentale pour pouvoir admettre que l'acte constituant et les actes posés conformément à la Constitution ont un sens objectif qui concorde avec leur sens subjectif, qu'ils sont de normes valables, ceci également lorsque c'est elle-même qui adopte cette interprétation». ? TP 2^e éd., p. 272.

de la validité d'une norme par la norme fondamentale. De ces deux types de rapport que la norme fondamentale a avec les autres normes de l'ordre, Kelsen confère un caractère spécial à la relation entre la norme fondamentale et la constitution, dans la mesure où la norme fondamentale se rapporte «de façon immédiate, à une constitution déterminée qui a posé effectivement, qui a été créée soit par la coutume soit par un acte conscient d'édiction, et qui est en gros et en général efficace ; de façon médiate, à l'ordre de contrainte qui a été créé conformément à cette Constitution d'abord, et de l'ordre juridique tout entier dont celle-ci est la base, ensuite»⁴³. Ceci permet également la distinction entre la constitution au sens de la logique juridique et la constitution au sens du droit positif. Le premier terme désigne la norme fondamentale en la différenciant de la constitution qui est désignée par le second⁴⁴.

Deuxièmement, du point de vue du système tout entier, elle constitue une hypothèse à la fois logique et transcendantale : «Transcendantale, parce qu'un système fermé quelconque ne peut trouver sa validité dans une proposition contenue dans ce système lui-même, mais seulement dans une proposition externe, de niveau métalinguistique. Logique parce que nul ne suppose qu'il "existe" une norme fondamentale, mais qu'il est logiquement et

⁴³ TP 2^e éd. p. 266.

⁴⁴ TP 2^e éd. p. 263.

épistémologiquement nécessaire de formuler cette hypothèse pour pouvoir considérer tel ensemble d'actes comme un ordre juridique positif»⁴⁵.

Le contenu de la norme fondamentale

Le contenu spécifique de la norme fondamentale se rapporte à la faculté de création des normes juridiques obligatoires qu'a l'autorité qui a édicté la première constitution. Pour Kelsen, il s'agit d'un énoncé de la norme fondamentale qui s'applique à tous les systèmes juridiques. « La norme fondamentale d'un ordre juridique prescrit que chacun se conduise comme le lui ordonnent les "pères" de la constitution et les individus habilités (délégés) par la constitution de manière directe ou indirecte. Cet énoncé peut prendre la forme d'une norme juridique : les actes de contrainte ne doivent être exécutés que dans les conditions et selon le procédé déterminé par les "pères" de la constitution ou les organes qu'ils délèguent. Voilà, de façon schématique, en quoi consiste la norme fondamentale de l'ordre juridique d'un Etat unique, la norme fondamentale d'un ordre juridique étatique.»⁴⁶.

1.1.2.2. Les conséquences de la norme fondamentale

La théorie de la norme fondamentale permet à Kelsen de proposer une conception spécifique du système juridique. Le système est alors de caractère unitaire, formel et positif.

⁴⁵ M. TROPER, «La pyramide est toujours debout ! Réponse à P. Amselek», in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris : Chevalier-Marescq, 1978, numéro 6, p. 1533.

⁴⁶ TGDE, p. 169-170.

L'unité du système juridique

La norme fondamentale est l'élément du système qui lui confère son unité. Une norme appartient à un ordre normatif si elle dérive sa validité soit directement, soit indirectement de la norme fondamentale qui l'intègre dans l'ordre. «Nous appelons norme "fondamentale" une norme dont la validité ne peut être déduite d'une norme supérieure. Toutes les normes dont nous pouvons retracer la validité jusqu'à une seule et même norme fondamentale forment un système de normes : un ordre. Parce qu'elle constitue leur source commune, la norme fondamentale est le lien entre toutes les normes dont un ordre se compose.»⁴⁷. Pour Kelsen, l'unité attribuée à l'ordre par la norme fondamentale a un caractère logique ; autrement dit, l'ordre juridique intégré par une telle norme peut être décrit par des propositions de droit qui ne se contredisent pas. Pourtant, cet auteur ne soutient pas que les autorités juridiques n'édicte jamais des normes dont le contenu soit contradictoire. Pour Kelsen, ces conflits entre normes ne sont pas de caractère strictement logique, parce que ceci n'est possible que pour ceux concernant des jugements sur la réalité. C'est pourquoi, s'il était nécessaire de recourir aux principes logiques pour résoudre de telles contradictions, il faudrait les appliquer non pas aux normes elles-mêmes, mais aux propositions de droit qui décrivent le droit. Kelsen affirme alors que «c'est par ce biais que les principes logiques en général, et par la suite le principe de non-contradiction en particulier, peuvent être appliqués – directement – aux propositions de droit qui décrivent des normes juridiques, et en conséquence – indirectement – aux normes juridiques elles-

⁴⁷ *Ob. cit.*, p. 165

mêmes. Par suite, ce n'est pas une déviation que de déclarer que deux normes juridiques "se contredissent" l'une l'autre. Et, en conséquence, on ne peut considérer comme objectivement valable qu'une seule d'entre elles. Il y a dans l'idée que A doit être et en même temps ne doit pas être, tant d'absurdité que dans l'idée que A est et en même temps n'est pas. Tout de même qu'une contradiction logique, un conflit de normes représente une absurdité⁴⁸. En effet, pour donner une solution aux conflits entre normes —ce qui constitue une tâche propre à l'interprétation⁴⁹— il y a divers mécanismes, parmi lesquels le principe *lex posterior derogat priori* qui s'applique aux conflits entre des normes d'un même niveau.

Le contenu des normes du système

La norme fondamentale est celle qui explique la validité de toutes les autres normes du système juridique. Ces dernières ne sont pas valides parce qu'elles possèdent un contenu d'une force obligatoire évidente, qu'elles ont une valeur intrinsèque ou que leur contenu correspond à une valeur morale ou politique. Les normes d'un système dynamique, par rapport à celles d'un système statique, ne sont valides que pour une seule raison : parce qu'elles ont été posées selon une autre règle. Alors, n'importe quel contenu peut être enfermé par une norme juridique. De cette manière, la norme fondamentale d'un système juridique est la règle suprême qui établit comment les autres normes doivent être édictées ou

⁴⁸ TP 2^e éd. p. 274.

⁴⁹ «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 ; par suite, elle part de l'idée que les conflits de normes peuvent être et doivent nécessairement être résolus dans le cadre des matériaux normatifs qui lui sont donnés - ou plus exactement imposés -, cela par la voie de l'interprétation». *ibidem*.

annulées, autrement dit qui détermine leur validité, indépendamment de leur contenu. «Le contenu des ordres juridiques positifs est complètement indépendant de leur norme fondamentale. Car – il faut l'affirmer avec force et insistance – de la norme fondamentale, on ne peut déduire que la validité de l'ordre juridique, on ne peut pas déduire son contenu. Quel que soit son contenu, un ordre de contrainte efficace en gros et de façon générale peut être légitimement interprété comme un ordre normatif objectivement valable. On ne peut refuser à aucun ordre juridique positif la validité sous prétexte du contenu de ses normes. Ceci est un élément essentiel du positivisme juridique ; et précisément cette théorie de la norme fondamentale révèle et affirme le caractère positiviste de la théorie pure du droit»⁵⁰.

Le droit comme ordre positif

Une théorie du droit est positiviste si elle affirme que le droit est toujours le produit d'actes humains et qu'il n'a pas une origine transcendante. La norme fondamentale d'un ordre juridique définit certains phénomènes comme des faits initiaux dans le processus de création des autres normes. Il s'agit du point de départ du processus de création du droit produisant des normes spécifiques qui ne sont pas déduites logiquement de la norme fondamentale, mais qui sont édictées par un acte de volonté concret d'une autorité humaine⁵¹. Sans une norme fondamentale, une interprétation juridique du matériel empirique présenté comme

⁵⁰ TP 2^e éd. p. 294. Voir aussi TGN, p. 345 : «La norme fondamentale détermine seulement qui doit poser les normes de l'ordre moral ou juridique, c'est-à-dire seulement qui est l'autorité suprême posant les normes, sans déterminer le contenu des normes à poser par cette autorité habilitée».

⁵¹ TGDE, p. 168

du droit ne serait pas possible, pas plus qu'une interprétation positive de ce matériel juridique, parce qu'elle est nécessaire pour pouvoir comprendre tous les actes de création du droit comme procédant de la volonté humaine. C'est donc la théorie de la norme fondamentale qui permet une interprétation positiviste du droit.

1.1.3. Les infléchissements dans la Théorie Générale des Normes

Dans son ouvrage posthume *Théorie Générale des Normes (Allgemeine Theorie der Normen)*⁵², Kelsen donne quelques éclaircissements et opère même quelques changements par rapport aux thèses de la Théorie Pure⁵³. À propos de la norme fondamentale, il est également possible de trouver quelques idées nouvelles. La question serait alors celle de savoir quelle est la portée de ces autres idées de Kelsen sur la théorie de la norme fondamentale et s'il agit d'une correction qui maintiendrait une continuité avec la Théorie Pure ou d'une évolution qui a été interrompue par la mort de l'auteur⁵⁴. Ainsi, il est pertinent d'établir d'abord les idées préliminaires qui, dans la Théorie Générale des Normes, permettent à Kelsen de proposer une conception nouvelle de la norme fondamentale ; ensuite, il faudrait présenter ces conceptions.

⁵² H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, (trad. de l'allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris : PUF, 1996. On fera référence à cet ouvrage par l'abréviation *TGN*.

⁵³ Dans : TP 1^e éd., TP 2^e éd. et TGDE.

⁵⁴ Quelques commentateurs de l'œuvre kelsenienne considèrent que dans la Théorie Générale des Normes «la théorie pure du droit telle qu'elle se présente pendant la période intermédiaire, classique, n'est plus guère reconnaissable. Kelsen l'a abandonnée. Ce faisant, il a renoncé à de louables efforts pour construire une théorie qui se démarque des théories traditionnelles, le positivisme juridique réductionniste et la théorie du droit naturel. Pourtant, les textes que Kelsen a écrits qu'au cours de la période intermédiaire sont ceux que l'on continuera de lire avec attention». S. P. PAULSON, Introduction de TGDE, p. 43.

1.1.3.1. Les Idées préliminaires

En ce qui concerne la norme fondamentale, le point de départ sont les thèses kelseniennes sur l'acte de volonté qui est derrière les normes et dont elles sont la signification. En effet, Kelsen ne cesse d'affirmer que «la positivité d'une norme réside dans le fait que sa validité est conditionnée par l'acte de volonté dont elle est la signification»⁵⁵. Cet auteur est donc catégorique et la continuité avec la théorie pure est claire dans cet aspect : «Pas d'impératif sans *imperator*, pas de normes sans autorité qui pose la norme, c'est-à-dire pas de norme sans un acte de volonté, dont elle est la signification.»⁵⁶.

Néanmoins, après avoir insisté sur le principe de nécessité d'un acte de volonté derrière les normes positives, Kelsen établit une différence entre ces normes qui sont la signification d'un acte de volonté et les normes qui sont la signification d'un acte de pensée. Dans ce dernier cas, il ne s'agit pas des propositions sur la validité d'une norme, mais des énoncés qui constituent eux-mêmes des normes, dans la mesure où il est possible d'imaginer n'importe quelle chose, même une norme. On peut en conclure que la signification d'une proposition constitue une norme, même si elle n'est pas une norme positive qui est la signification d'un acte de volonté réel⁵⁷.

⁵⁵ TGN, 315.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ TGN, p. 316

La question est de savoir si la possibilité de normes simplement pensées signifie une restriction du principe général «pas de norme sans un acte de volonté, dont elle est la signification». La réponse de Kelsen est négative parce qu'une norme simplement pensée n'est pas la signification d'un acte de volonté réel, mais d'un acte de volonté *fictif* ; en d'autres termes, lorsqu'on imagine une norme, on le fait comme si elle était la signification d'un acte de volonté existant, malgré le fait qu'un tel acte n'existe pas. Une norme pensée est la signification d'un acte de volonté que l'on suppose lorsqu'elle est pensée. En conséquence, «les normes simplement pensées ne sont pas des normes positives ; ce sont des normes dont la validité est fictive ; ce sont des normes qui sont la signification d'actes de volonté fictifs et non pas réels. Si une norme est simplement pensée, un acte de volonté dont elle est la signification doit nécessairement être co-pensé. Une norme simplement pensée est la signification d'un acte de volonté simplement pensé, et non pas réel »⁵⁸.

1.1.3.2. De l'hypothèse à la fiction de la norme fondamentale

Dans la Théorie Générale des Normes, Kelsen maintient deux idées à propos de la norme fondamentale : d'une part, il l'explique en suivant une construction identique à celle que nous avons présentée, c'est-à-dire en montant les différents échelons du système jusqu'à arriver au syllogisme qui contient la norme

⁵⁸ *Ibidem.*

fondamentale faisant directement référence à la constitution⁵⁹. D'autre part, Kelsen considère que l'interprétation des propositions normatives comme des règles juridiques est conditionnée par la présupposition de la norme fondamentale et que les propositions de la science du droit ne peuvent être posées qu'à condition qu'une telle présupposition soit faite⁶⁰.

Cependant, après avoir établi la différence entre les normes positives et les normes simplement pensées, Kelsen affirme que la norme fondamentale entre dans la deuxième catégorie, c'est-à-dire qu'elle est une norme pensée. Et dans la mesure où elle est une norme simplement pensée, elle est également «une norme fictive, la signification d'un acte de volonté non pas réel, mais fictif»⁶¹. Kelsen recourt à la théorie des «fictions véritables» de Vaihinger pour donner ce caractère à la norme fondamentale : d'une part, elle contredit la réalité, parce que l'acte dont elle est la signification n'existe pas en tant qu'acte de volonté réel ; d'autre part, elle est contradictoire en soi parce qu'elle confère la faculté de création du droit à

⁵⁹ Cette construction est exposée par Kelsen dans la *Théorie Générale des Normes* de la façon suivante : «Si l'on demande pourquoi la signification subjective de l'acte du législateur (...) est aussi sa signification objective (c'est-à-dire une norme générale) ou – en d'autres termes – si l'on demande quel est le fondement de validité de la norme posée par l'acte du législateur, alors la réponse est : parce que cet acte est habilité par une norme de la constitution, (c'est-à-dire la signification d'un acte de volonté accompli par le constituant). Si cette constitution est historiquement la première et si l'on demande pourquoi la signification subjective de l'acte constituant est aussi sa signification objective (c'est-à-dire une norme valide, ou – en autres termes- si l'on demande quel est le fondement de la validité de cette norme, alors la réponse est : parce qu'on doit, en tant que juriste, présupposer qu'on doit se comporter comme la constitution historiquement la première le prescrit. C'est une norme fondamentale. Cette norme fondamentale habilite l'individu ou les individus qui ont posé la constitution historiquement la première à se poser des normes que représentent la constitution historiquement la première. Si la constitution historiquement la première a été posée par la décision d'une assemblée constituante, ce sont les membres composant cette assemblée qui sont les individus habilités par la norme fondamentale ; en revanche, si la constitution historiquement la première est née par voie de coutume, c'est la coutume ou, plus exactement, ce sont les individus, dont le comportement forme la coutume créant la constitution historiquement la première, qui sont les individus habilités par la norme fondamentale. C'est la norme fondamentale de l'ordre juridique qui repose en dernière instance sur la constitution historiquement la première». TGN, p. 342.

⁶⁰ TGN, p.343.

⁶¹ TGN, p. 344.

l'autorité juridique suprême, mais en même temps part de l'idée que la norme fondamentale est la signification d'un acte de volonté d'une autorité qui, étant purement fictive, est plus haute encore que l'autorité habilitée.

La différence entre cette description du caractère de la norme fondamentale et celle de la théorie pure est manifeste : alors que dans cette dernière, Kelsen affirmait que la norme fondamentale était une hypothèse⁶², dans la Théorie Générale des Normes, il dit explicitement qu'elle ne l'est pas. La norme fondamentale est «une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme»⁶³.

1.2. La règle de reconnaissance de H. L. A. Hart

Pour déterminer les éléments et les caractéristiques les plus importants de la théorie de la règle de reconnaissance de Hart, il est convenable d'emprunter la démarche suivie dans la section antérieure à propos de la norme fondamentale de Kelsen. Il s'agirait aussi de développer une «généalogie» des idées de Hart sur la règle de reconnaissance. De cette manière, une présentation des idées qui servent de base pour la construction de la théorie de la règle de reconnaissance sera

⁶² «La théorie pure attribue à la notion de norme fondamentale le rôle d'une hypothèse de base. A supposer que cette norme soit valable, l'ordre juridique qui en est issu, est lui aussi valable, car elle confère aux actes du premier constituant et à tous les actes subséquents le sens spécifique de normes juridiques. C'est donc dans la norme fondamentale que se trouve la source de la signification normative de tous les actes qui constituent un ordre juridique». TP 1^e éd., p. 124.

⁶³ TGN, p. 345.

l'objet du premier paragraphe ; dans le second seront traitées les caractéristiques et les conséquences de cette théorie dans la conception du droit de Hart.

1.2.1. Les fondements de la théorie de la règle de reconnaissance

Les éléments théoriques à partir desquels Hart propose sa théorie de la règle de reconnaissance peuvent être réunis dans deux perspectives différentes. D'un côté, les idées qu'il a empruntées à d'autres auteurs et d'autres écoles doctrinales de la pensée juridique ainsi que les notions philosophiques, qui lui ont permis de construire son *Concept de Droit*. De l'autre, quelques concepts profondément liés au droit et qui servent de base à la proposition de la théorie de la règle de reconnaissance.

1.2.1.1. La Jurisprudence analytique et la philosophie du langage

La jurisprudence analytique et la théorie juridique hartienne

On ne peut pas occulter l'importance de la *jurisprudence* ou la théorie anglaise du droit⁶⁴. Il s'agirait même d'une tradition se manifestant encore dans la théorie juridique de Herbert Hart. Cette influence de la jurisprudence analytique sur l'œuvre de Hart est exprimée dans deux de ses caractéristiques : d'abord, d'un

⁶⁴ Pourtant, elle ne se limite pas à la sphère anglo-saxonne : il serait également possible de trouver quelques éléments centraux de la *analytical jurisprudence* dans les œuvres de quelques auteurs d'Europe continentale : par exemple, dans la théorie pure du droit de Kelsen et dans la doctrine réaliste d'Olivecrona

point de vue général, Hart est l'éditeur des textes de théorie juridique les plus importants de Bentham et Austin et il est également l'un des principaux commentateurs de l'œuvre de ces deux auteurs⁶⁵. Ensuite, du point de vue de l'ouvrage le plus important de Hart, *The concept of Law*, ses premiers chapitres constituent l'une des plus célèbres critiques de la conception du droit d'Austin. Cette conception, selon Hart, est «la tentative la plus nette et la plus approfondie qui fut faite d'analyser le concept de droit à partir de ces éléments apparemment simples que sont les commandements et les habitudes»⁶⁶.

De la phénoménologie du langage à la phénoménologie du droit

La deuxième grande influence sur la théorie juridique de Hart vient de la philosophie du langage dont deux des principaux représentants sont J.L. Austin⁶⁷ et L. Wittgenstein⁶⁸. Il serait même possible de dire que plus qu'une influence, Hart

⁶⁵ On trouve d'une part, l'ouvrage de Hart sur Bentham : *Essays of Bentham : studies in jurisprudence and political theory*, Oxford : Clarendon press, 1982 ; d'autre part, l'édition de Hart de *The province of jurisprudence*, dans laquelle il fait une introduction sur la théorie juridique d'Austin : J. AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, Oxford : Oxford University Press, 1953.

⁶⁶ H. HART, *Le concept de droit* (trad. De l'anglais par M Van Kerchove), Bruxelles : Publications universitaires saint Louis, p. 33. On fera référence à cet ouvrage par l'abréviation CD. Hart spécifie ensuite la démarche méthodologique qu'il va suivre : «Nous énoncerons et critiquerons une position qui est, en substance, la même que la doctrine d'Austin, mais que 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 prennent 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». *Ibidem*.

⁶⁷ Hart reconnaît que J.L. Austin est l'auteur qui a le plus influencé la philosophie d'Oxford dans l'article : «Austin, John Langshaw», in E.T. William t H.M. Palmer (ed.), *The dictionary of national biography. 1951-1960*, New York – Oxford : Oxford University Press, 1971, p. 47. Il faut remarquer la différence entre le philosophe J. L. Austin et le juriste J. Austin.

⁶⁸ Selon J. M. Rodríguez Paniagua, l'influence de Wittgenstein sur Hart s'est faite à travers J. L. Austin, qui était le *leader* de la philosophie qui se développait à Oxford et dont Hart faisait partie. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, «La filosofía lingüística y la teoría analítica del derecho : H.L.A. Hart», in *Historia del pensamiento jurídico, II*, Madrid : Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993, p. 639.

a développé une analyse du langage dans le domaine juridique⁶⁹. C'est ainsi que, d'une part, Hart fait référence à la philosophie d'Austin dans la préface de son ouvrage *Le concept de Droit* en soulignant que «il est particulièrement vrai que nous pouvons faire appel, selon l'expression du professeur J.L. Austin, à “une connaissance affinée des mots pour affiner notre perception des phénomènes”⁷⁰ ; et d'autre part, si une comparaison est faite entre les textes de Wittgenstein et Hart, il y aurait trois points où l'influence du premier sur le second est importante : en ce qui concerne la théorie sur la structure du droit, dans l'analyse des concepts juridiques fondamentaux et dans la question de la «texture ouverte» des concepts juridiques⁷¹. Hart cite cet auteur deux fois dans *Le concept de droit* : en premier lieu, il cite les *Investigations philosophiques*⁷², à propos de la notion de «ressemblances de famille»⁷³ et le terme «juste» ; en deuxième lieu, Hart souligne l'importance des analyses faites par Wittgenstein sur les notions d'enseignement et de soumission aux règles⁷⁴. Par ailleurs, il fait référence à Wittgenstein dans d'autres textes, particulièrement dans ses *Essays in jurisprudence and*

⁶⁹ Neil MAC CORMICK, *H. L. A. Hart*, Londres : Arnold, 1981, p. 31.

⁷⁰ CD, p. 10. Deux autres citations d'Austin se trouvent dans les notes de cet ouvrage : d'une part, Hart cite l'essai d'Austin *Other Minds* lorsqu'il analyse les normes qui confèrent des pouvoirs (CD, p. 286) ; d'autre part, il cite à deux reprises l'essai *A plea for excuses* à propos de l'analyse des termes généraux et caractéristiques communes (CD, p. 282) et de l'importance morale de la distinction entre justification et excuse (CD, p. 300).

⁷¹ Manfred HERBERT, *Rechtstheorie als sprachkritik. Zum einfluss Wittgenstein auf die Rechtstheorie*, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 127. I. SANCHEZ CAMARA, *Derecho y lenguaje: la filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart*, Otono : Universidad da Coruña (servicio de publicaciones), 1996, p. 50.

⁷² Version française : L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus et investigations philosophiques* (trad. de l'allemand par P. Klossowski), Paris : Gallimard, 1986.

⁷³ «Le conseil de Wittgenstein est particulièrement pertinent pour l'analyse des termes juridiques et politiques. Considérant la définition du terme “jeu”, il disait “ne dites pas qu'ils doivent avoir quelque chose en commun, sous peine de ne pouvoir être appelés “jeux”, mais observez et voyez s'ils ont tous ou non quelque chose en commun. Si vous les observez, vous ne verrez rien que leur soit commun à tous, mais seulement des ressemblances et des relations, et vous en verrez toute une série». CD, p. 282.

⁷⁴ CD, p. 297.

*philosophy*⁷⁵. En outre, dans l'article *Definition and theory in jurisprudence*, Hart défend l'importance de la nouvelle philosophie linguistique pour essayer de donner des solutions aux problèmes traditionnels de la théorie juridique⁷⁶ et dans l'article *Analytical jurisprudence in mid-twentieth century*, il remarque le rôle fondamental qu'a joué la philosophie analytique dans le développement de la théorie du droit⁷⁷.

Dans la théorie de la règle de reconnaissance, Hart poursuit son analyse du point de vue du langage. En effet, cette théorie, on le verra, constitue une véritable transition de la phénoménologie du langage à la phénoménologie du droit. Cette transition réalise l'objectif proposé par P. Amselek de dépasser la phénoménologie du langage pour « déboucher sur des phénoménologies extralinguistiques à qui il appartient d'approfondir, chacune dans son secteur, les registres instrumentaux spécifiques sous lesquels sont accomplis les actes de langage propres à ce secteur, ainsi que tout l'environnement psychologique et social dans lequel fonctionnent ces registres »⁷⁸. Pour cet auteur, l'expérience juridique constitue l'objet de l'une de ces phénoménologies extralinguistiques. Ainsi, elle devient une « phénoménologie du droit » qui répond à la question de savoir ce que font les

⁷⁵ Dans l'introduction, Hart traite les différences entre les philosophies d'Oxford et de Cambridge qui sont nées sous l'influence de Wittgenstein et affirme qu'elles se fondent sur la possibilité de résoudre les problèmes philosophiques par une profonde analyse linguistique. Herbert HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford : Clarendon press, 1983, p. 2.

⁷⁶ Herbert HART, «Definition and theory in jurisprudence», in *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford : Clarendon press, 1983, p. 21 et s.

⁷⁷ Herbert HART, *Analytical jurisprudence in mid-twentieth century : a reply to Pr. Bodenheimer*, in *University of Pennsylvania Law Review*, tome 105, 1957, p. 953-975.

⁷⁸ AMSELEK, Paul, «Philosophie du droit et théorie des actes de langage», in *Théorie des actes de langage, étique et droit*, Paris : Presses Universitaire de France, 1986, p. 136.

autorités juridiques lorsqu'elles édictent des normes et « quelles fonctions exercent-elles et dans quel contexte psychologique et social »⁷⁹.

1.2.1.2. Les idées préliminaires pour la conception de la règle de reconnaissance

Outre l'influence globale de l'*analytical jurisprudence* et de la philosophie du langage, il serait possible d'établir l'existence de certaines thèses proposées dans l'ouvrage de Hart et sans lesquelles il n'aurait pas pu développer la théorie de la règle de reconnaissance. Il s'agit de l'idée d'obligation, de la distinction entre le point de vue interne et le point de vue externe et de la distinction entre les règles primaires et les règles secondaires.

L'idée d'obligation

Hart commence par se demander ce qu'est une obligation, qu'est-ce être soumis à une obligation. Pour ce faire, il critique la théorie d'Austin qui considère qu'il y a une obligation — plus concrètement une obligation juridique — lorsque le souverain, habituellement obéi, édicte un commandement comprenant la menace d'infliger un mal dans le cas où les destinataires du commandement adopteraient une conduite contraire. Selon Hart, face à cette situation, qui ne diffère pas beaucoup de celle d'un bandit ordonnant à la victime de lui donner son argent, on ne peut pas affirmer l'existence d'une obligation comprise dans un sens strict, car on ne peut pas dire que la victime «avait l'obligation» ou le «devoir» de remettre

⁷⁹ *Ob. cit.* p. 137.

son argent. Il s'agit de la différence entre la situation où quelqu'un «était obligé» de faire quelque chose (*someone was obliged to do something*) et celle où quelqu'un avait l'obligation de le faire (*he had an obligation to do it*)⁸⁰. Ce sont des situations différentes pour les raisons suivantes : en premier lieu, pour que l'énoncé «quelqu'un a une obligation» soit vrai, il n'est pas nécessaire qu'il y ait des considérations sur les conséquences de l'action de suivre ou ne pas suivre ce qui était ordonné, comme dans le cas du bandit⁸¹. En deuxième lieu, dans la plupart des cas, l'énoncé « quelqu'un était obligé de faire quelque chose » suppose que ce qui était ordonné a été effectivement réalisé ; au contraire, dans le cas de l'énoncé « quelqu'un a l'obligation de faire quelque chose », peu importe la réalisation de ce qui a été ordonné, car l'existence d'une obligation est indépendante du fait de la réalisation de l'action ordonnée. En troisième lieu, dans le premier énoncé, le contexte normal que l'on trouve dans le cas de l'existence d'une obligation n'existe pas : c'est le contexte de la présence de règles sociales qui font de certains comportements un modèle de conduite. En quatrième lieu, la fonction caractéristique de l'énoncé sur l'existence d'une obligation est celle de placer quelqu'un sous l'influence d'une règle, c'est-à-dire d'appliquer une règle à une personne dans un cas particulier, ce qui ne se présente pas dans la situation où quelqu'un était obligé de faire quelque chose. En conséquence, ce qui constitue l'existence d'une obligation n'est pas la possibilité d'une réaction hostile dans le

⁸⁰ CD, p. 107. H. HART, *The concept of law* (second edition, with a postscript), Oxford : Clarendon press, 1991.

⁸¹ «Il est vrai tout d'abord que les faits qui ont trait à l'action de B ainsi qu'à ses convictions et à ses mobiles ne sont *pas suffisants* pour justifier l'affirmation selon laquelle il avait l'obligation de le faire, alors qu'ils suffisent pour justifier l'affirmation selon laquelle B était obligé de remettre son porte-monnaie ; il est également vraie ensuite que des faits de cette nature, c'est-à-dire des faits qui ont trait à des convictions et à des mobiles, ne sont *pas nécessaires* pour que soit vraie l'affirmation selon laquelle une personne a l'obligation de faire quelque chose». CD, p. 109.

cas d'un comportement non-conforme. «Pour comprendre l'idée générale d'obligation, en guise de préliminaire nécessaire à la compréhension de cette idée dans sa forme juridique, nous devons tourner vers une situation sociale distincte, qui à la différence de la situation du bandit, implique l'existence de règles sociales»⁸². Même si une telle réaction hostile peut être la conséquence de la désobéissance, la signification d'une obligation n'est pas celle d'être une prédiction d'un fait, mais celle de l'existence d'une situation où les règles sociales jouent un rôle essentiel et déterminent la conduite des personnes.

Le point de vue interne et le point de vue externe

Face à une telle situation où les règles sociales sont primordiales, il est possible d'établir deux manières de les assumer, soit par les membres de la communauté dans laquelle elles sont appliquées, soit par des personnes étrangères à celle-ci. Premièrement, un membre de la communauté peut accepter les règles sociales d'une manière active, c'est-à-dire comme des modèles de conduite qui impliquent plusieurs obligations. Une telle acceptation se manifeste de deux façons : d'une part, par l'utilisation des règles comme modèles de conduite qui expliquent dans un cas concret soit une action, soit une omission ; d'autre part, par l'utilisation des règles pour évaluer la conduite d'autrui, autrement dit pour approuver ou désapprouver les comportements des autres membres selon leur correspondance aux exigences des règles et, également, par leur usage comme le fondement des sanctions qui s'appliquent aux contrevenants. Lorsqu'on prend le point de vue

⁸² CD p. 110.

interne, les règles jouent un rôle important dans la vie des membres de la communauté, car la plupart de leurs actions seront déterminées par ce qui est prévu par de telles normes. Ils ne se limitent pas à connaître les règles, ils les utilisent comme critère pour évaluer leur propre conduite et celle d'autrui⁸³. Deuxièmement, on peut avoir une attitude passive face aux règles. Ici, on n'est qu'un observateur des règles et des situations qui leur sont liées. À son tour, cette attitude prend deux directions : d'une part, l'observateur externe peut constater que dans la communauté, les règles de conduite sont acceptées par ses membres, mais sans les accepter lui-même ; en d'autres termes, il ne fait qu'observer la manière dont les membres de la communauté acceptent les règles du point de vue interne, tel que le fait un sociologue du droit en décrivant certains phénomènes. D'autre part, l'observateur peut ne pas tenir compte du point de vue interne des membres du groupe ni de la façon dont les règles sont acceptées ; il se contente de remarquer la régularité de certaines conduites qui sont soit conformes aux règles, soit la réaction aux transgressions des règles. De cette manière, il sera capable de prédire les situations où la conduite contraire aux normes comportera la réaction hostile du groupe en forme de sanction⁸⁴.

L'évolution du droit : les normes primaires et les normes secondaires

Hart conçoit l'évolution du droit en diverses étapes qui se différencient selon le contenu des normes, leurs rapports entre elles-mêmes, la manière dont elles sont structurées, leur application, la réaction face aux infractions, etc. Cet auteur

⁸³ CD p. 124.

⁸⁴ CD p. 114.

considère la possibilité des communautés régies seulement par des règles de conduite simples sans aucun type d'institution (par exemple, un législateur, des tribunaux, des fonctionnaires, etc.) et considère qu'en effet de telles communautés ont existé. Il s'agit d'une «structure de règles primaires d'obligation»⁸⁵ dont l'existence est conditionnée par deux faits : d'abord, ses normes doivent contenir des restrictions à l'usage de la violence, au vol et à la tromperie ; ensuite, la plupart des membres de la communauté doivent avoir un point de vue interne face aux normes, rendant minoritaires ceux qui ne s'y conforment que par crainte de la réaction. Bien que l'existence d'une telle structure soit possible, elle est affectée par certains défauts : en premier lieu, le changement de ses règles constitue un processus très lent et complexe qui ne permet pas l'adéquation à l'évolution des circonstances sociales. En deuxième lieu, la réaction à la transgression des normes n'est pas suffisamment effective, tant en ce qui concerne la détermination de telles transgressions que dans l'application des sanctions. En troisième lieu, il n'est pas possible d'établir avec certitude quelles sont les règles de cette structure simple.

Alors, selon Hart, pour que ces défauts soient corrigés, il faudrait compléter les règles primaires d'obligation par un autre type de règles : les règles secondaires, qui diffèrent des premières et entre elles. Ces règles occupent «un niveau différent des règles primaires ; elles sont toutes *relatives* à de telles règles, en ce sens, tandis que les règles primaires se rapportent aux actions que les individus doivent

⁸⁵ CD p. 116.

ou non accomplir, ces règles secondaires se rapportent toutes aux règles primaires elles-mêmes. Elles déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi»⁸⁶.

C'est ainsi que la solution au caractère statique des règles de la structure primaire est l'introduction de règles secondaires de changement (*rule of change*)⁸⁷, lesquelles déterminent la forme et les personnes qui ont la faculté d'édicter de nouvelles règles et de supprimer les précédentes. Le remède au deuxième défaut est l'introduction d'une «règle de décision» (*rule of adjudication*)⁸⁸ qui d'une part, habilite certains individus à résoudre de manière définitive les éventuelles transgressions aux règles primaires et d'autre part, détermine la procédure qu'il faut suivre pour établir une telle transgression. D'ailleurs, elle peut impliquer la définition des réactions aux infractions et la désignation des personnes qui appliqueront les sanctions. Finalement, le remède à l'incertitude à propos de la détermination des règles consiste en l'introduction d'une règle secondaire de reconnaissance (*rule of recognition*) qui «déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra

⁸⁶ CD p. 119.

⁸⁷ CD p. 121.

⁸⁸ CD p. 122.

être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe»⁸⁹. Cette règle de reconnaissance sera l'objet du paragraphe suivant.

1.2.2. La théorie de la règle de reconnaissance

C'est cette évolution d'une structure de règles primaires d'obligation vers un système complexe de règles primaires d'obligation et de règles secondaires relatives aux premières qui permet l'apparition de ce type particulier de règle : la règle de reconnaissance. Outre l'analyse de cette évolution, Hart propose de retrouver cette règle à travers une autre démarche. Il s'agit d'une construction qui ressemble plus ou moins à celle de Kelsen à propos de la norme fondamentale. Cela explique que Hart la présente comme «une chaîne très familière de raisonnement juridique»⁹⁰. Il vaut mieux donc, comme on l'a fait pour la norme fondamentale, de voir *in extenso* la manière dont Hart réalise cette chaîne :

Si la question se pose de savoir si une règle donnée est juridiquement valide, nous devons, pour pouvoir répondre à cette question, recourir à un critère de validité fourni par quelque autre règle. Ce règlement qu'a voulu adopter le Conseil du Comté d'Oxford est-il valide ? Oui, parce qu'il fut édicté dans l'exercice des pouvoirs conférés, et suivant la procédure établie par un arrêté pris par le Ministre de la Santé. A ce premier stade, l'arrête fournit les critères à la lumière desquels la validité du règlement peut être appréciée. Il se peut qu'il n'y ait aucune nécessité pratique d'aller plus loin ; mais la possibilité de le faire existe en permanence.

⁸⁹ CD p. 120.

⁹⁰ CD p. 134.

Nous pouvons nous interroger sur la validité de l'arrête et apprécier cette validité en nous référant à la loi qui habilite le ministre à prendre de tels arrêtés. Enfin, après nous être interrogés sur la validité de la loi et après l'avoir appréciée en nous référant à la règle selon laquelle ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit, nous nous trouvons arrêtés dans nos recherches relatives à la validité ; nous avons en effet atteint une règle qui au même titre que l'arrêté intermédiaire et la loi, fournit des critères permettant d'apprécier la validité d'autres règles ; mais elle diffère également d'elles, en ce qu'il n'existe aucune règle qui fournirait des critères pour apprécier sa propre validité juridique.⁹¹.

Certaines caractéristiques singulières par rapport aux normes primaires et par rapport aux autres règles secondaires caractérisent la règle de reconnaissance. Il faudrait également déterminer les conséquences d'une telle proposition dans l'ensemble de la théorie juridique hartienne.

1.2.2.1. Les caractéristique de la règle de reconnaissance

Trois éléments constitueraient les caractéristiques singulières de la règle de reconnaissance : d'abord, son caractère de critère suprême et ultime pour la détermination des règles appartenant au système, ensuite sa formulation et son contenu comme règle et enfin son caractère factuel.

Le critère suprême et ultime

⁹¹ CD p. 135.

La règle de reconnaissance fixe certains traits qui seront les conditions indispensables pour qu'une norme appartienne à l'ordre juridique. Ces conditions peuvent avoir diverses formes : soit le fait que la règle soit contenue dans un texte ayant autorité, soit le fait d'avoir été promulguée par un organe spécifique, soit le fait d'être l'objet d'une pratique coutumière, etc. L'important, selon Hart, est que la référence au texte, à la promulgation ou à la pratique fasse autorité, «c'est-à-dire comme constituant la manière correcte de résoudre les doutes relatifs à l'existence de la règle»⁹². Ceci permet d'attribuer deux caractéristiques à la règle de reconnaissance qui sont intimement liées : d'une part, elle contient le critère suprême pour établir si une règle fait partie du système ; autrement dit, les règles identifiées comme appartenant à l'ordre selon le critère de la règle de reconnaissance ne cesseront pas d'en faire partie bien qu'elles contredisent d'autres normes identifiées selon d'autres critères. Ces dernières perdront le caractère d'appartenance au système, tandis que les premières vont le garder⁹³. D'autre part, la règle de reconnaissance est le critère ultime dans la mesure où elle permet d'établir quelles règles relèvent du système, mais sans être elle-même subordonnée à aucun critère d'appartenance. C'est pourquoi elle est placée au bout de la chaîne que l'on a présentée et explique l'appartenance des autres normes à l'ordre sans qu'elle même puisse être soumise à une telle opération⁹⁴.

La formulation et le contenu de la règle de reconnaissance

⁹² CD p. 118.

⁹³ CD p. 132.

⁹⁴ CD p. 135.

La règle de reconnaissance dans la plupart des systèmes juridiques existants n'est pas formulée expressément, c'est-à-dire qu'elle n'est pas l'objet d'un énoncé explicite comme les énoncés des normes positives. Le plus souvent, les tribunaux se réfèrent au «sources du droit» et à sa structure hiérarchique. Ceci est lié de façon directe à la règle de reconnaissance, car elle détermine la source ayant le critère qui s'impose à celui des autres sources⁹⁵. Malgré ce caractère implicite de la règle de reconnaissance, Hart considère que si l'on se rapporte à un système juridique spécifique, il est possible de formuler le contenu de la règle de reconnaissance. C'est ainsi, on l'a déjà vu, qu'il affirme que la règle de reconnaissance du système juridique anglais est celle selon laquelle «ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit»⁹⁶. Il donne un autre exemple : «Dans un système très simple, comme l'univers de Rex I, où le droit réside exclusivement dans ce qu'il édicte, et où son pouvoir législatif ne se voit imposer aucune limitation juridique aux termes d'une règle coutumière ou d'une charte constitutionnelle, le seul critère permettant d'identifier le droit résidera dans une simple référence au fait de la promulgation due à Rex I»⁹⁷. C'est pourquoi il ne serait pas exagéré de croire que Hart, s'il avait pensé à un système ayant une constitution écrite, comme le français, il aurait formulé la règle de reconnaissance d'un tel système par l'énoncé «tout ce qui est édicté par les auteurs de la constitution est du droit». L'important est que le contenu de la règle

⁹⁵ CD p. 129.

⁹⁶ CD p. 135.

⁹⁷ CD p. 128.

de reconnaissance dépend de la manière dont, dans un système juridique donné, on détermine les normes qui en font partie.

Le caractère factuel de la règle de reconnaissance

Ce problème de la formulation et du contenu permet de voir le caractère factuel de la règle de reconnaissance qui la différencie de toutes les autres règles du système. C'est ainsi que, selon Hart, si l'existence de cette règle est mise en cause, la réponse ne peut pas se trouver dans une autre norme ni dans l'application des critères d'appartenance qu'elle contient. La réponse, au contraire, se trouve dans ce caractère factuel de la règle de reconnaissance et il se manifeste dans la pratique des particuliers, des tribunaux et des fonctionnaires lorsqu'ils l'utilisent comme le critère suprême et ultime pour déterminer les règles qui relèvent du système. Dans la mesure où elle est utilisée et acceptée comme le mécanisme qui permet l'identification des règles de l'ordre, il est possible de dire que la règle de reconnaissance existe. En conclusion, Hart affirme que «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 fait.»⁹⁸. Une dualité vient alors caractériser la règle de reconnaissance, puisqu'elle a tant une nature juridique qu'une nature factuelle. Elle est «du droit» dans la mesure où elle identifie les normes du système ; elle est également factuelle dans la mesure où son existence

⁹⁸ CD p. 138.

consiste en une pratique effective relative à son utilisation comme critère suprême et ultime de détermination des normes du système⁹⁹.

1.2.2.2. Les conséquences de la théorie de la règle de reconnaissance

Il est évident qu'une telle proposition a des conséquences très importantes pour la théorie hartienne du droit. Il y en aurait trois qui se rapportent à la notion de validité, au type d'énoncés que l'on peut faire sur les règles de droit et à la structure configurée par ces règles.

La validité juridique

Le rapport entre la règle de reconnaissance et le concept de validité apparaît sous trois formes : en premier lieu, la règle de reconnaissance est l'élément du système juridique qui permet l'utilisation du concept de validité. «Dire qu'une règle donnée est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système»¹⁰⁰. En outre, l'énoncé de la validité d'une norme se caractérise par le fait qu'elle se formule toujours du point de vue interne ; en d'autres termes, lorsque quelqu'un utilise le critère d'identification de la règle de reconnaissance et affirme qu'une

⁹⁹ «La raison pour laquelle on est tenté de qualifier de "juridique" la règle de reconnaissance est que la règle qui fournit des critères permettant d'identifier les autres règles du système peut, à juste titre, être considérée comme un trait distinctif d'un système juridique, et elle mérite ainsi d'être qualifiée elle-même de "juridique" ; la raison pour laquelle on est tenté de la qualifier de "fait" est que l'affirmation selon laquelle une telle règle existe, consiste en réalité en un jugement externe constatant un fait réel ayant trait à la manière dont on identifie les règles d'un système "efficace". Ces aspects réclament tous deux notre attention mais nous ne pouvons tenir compte des deux à la fois, en choisissant l'une des qualifications de "droit" ou de "fait"». CD p. 140.

¹⁰⁰ CD p. 130.

règle est valide, il accepte tant la règle objet de l'affirmation que la règle de reconnaissance du système. Pourtant, il est également possible de voir la relation entre le concept de validité et la règle de reconnaissance d'un point de vue externe, c'est-à-dire en disant qu'une certaine norme est valide parce qu'elle satisfait les critères de cette règle, mais sans accepter ni l'une ni l'autre. De toute façon, si un énoncé sur la validité d'une norme est formulé, sa signification est d'être émise d'un point de vue interne où la règle de reconnaissance est acceptée et appliquée, plutôt que d'être exprimée d'un point de vue externe où les conditions de la règle de reconnaissance sont simplement satisfaites.

En deuxième lieu, la notion de validité qui résulte de l'utilisation de la règle de reconnaissance ne peut être appliquée à cette règle elle-même parce que cette notion de validité est précisément le résultat de l'introduction de ce type de règle secondaire et une telle application constituerait une véritable incohérence. Pour Hart, la question sur la validité «ne peut se poser en ce qui concerne la validité de la règle de reconnaissance elle-même qui nous fournit ces critères ; elle ne peut être ni valide ni invalide, mais elle est simplement acceptée comme appropriée à un tel usage»¹⁰¹.

En troisième lieu, la théorie de la règle de reconnaissance permet de clarifier la différence entre le concept de validité et celui d'efficacité. Si ce dernier se réfère au comportement des destinataires des normes qui correspond aux règles, il est tout

¹⁰¹ CD p. 137.

à fait possible qu'une certaine règle soit valide, c'est-à-dire qu'elle satisfasse les critères de la règle de reconnaissance, sans être efficace, c'est-à-dire sans une correspondance entre son contenu et la pratique. Inversement, une règle qui bénéficie d'une grande efficacité peut ne pas appartenir au système juridique. Par exemple, il existe une pratique très généralisée qui consiste à se lever pour saluer les femmes ; pourtant, une telle pratique ne constitue pas une règle juridique valide. Néanmoins, cette relation entre validité et efficacité change si la perspective du système juridique tout entier est prise en compte. Hart considère qu'un énoncé sur la validité d'une norme suppose l'énoncé sur l'efficacité générale de tout le système. En d'autres termes, la validité du système dépend de ce que la plupart de ses règles soient efficaces. Plutôt que de faire référence aux règles, il vaudrait mieux parler du système dans sa totalité. Par conséquent, dans le cas où un système serait en général inefficace «il serait en général *hors de propos*, aussi bien d'apprécier les droits et les devoirs de personnes particulières en se référant aux règles primaires d'un système, que d'apprécier la validité de l'une quelconque de ses règles en se référant à ses règles de reconnaissance. Parler de l'application d'un système de règles qui, soit n'a jamais été réellement effectif, soit a été abandonné, serait, (...) aussi vain que d'apprécier le déroulement d'un jeu et se référant à une règle relative à la marque qui n'a jamais été admise ou qui a été abandonnée.»¹⁰².

Les jugements internes, externes et de valeur

¹⁰² CD p. 131.

La différence entre validité et efficacité permet d'envisager celle qui existe entre les jugements internes et les jugements externes. Ceux du premier type sont réalisés du point de vue interne face aux règles de droit alors que ceux du deuxième sont formulés du point de vue externe. C'est ainsi que lorsque quelqu'un identifie une règle du système en affirmant qu'elle est valide, il formule un jugement interne qui «manifeste le point de vue interne et se trouve couramment utilisé par celui qui, sans énoncer le fait qu'il accepte la règle de reconnaissance, l'accepte cependant et fait application de cette règle en reconnaissant la validité d'une règle particulière du système»¹⁰³. Ainsi, Hart souligne que si une règle de reconnaissance est utilisée pour déterminer la validité d'une règle, apparaît alors un vocabulaire caractéristique du point de vue interne (par exemple : «La loi prévoit que...»), différent du vocabulaire du point de vue externe (par exemple : «dans tel lieu, on reconnaît comme droit ...»). Au contraire, l'affirmation de l'existence d'une règle de reconnaissance est toujours un jugement externe dans la mesure où «au lieu de dire qu'une loi particulière est valide, parce qu'elle satisfait à la règle suivant laquelle ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit, nous disons que cette dernière règle est utilisée en Angleterre comme règle de reconnaissance ultime par les tribunaux, les organes administratifs et les simples particuliers, nous passons d'un jugement interne de droit qui consiste à reconnaître la validité d'une règle du système, à un jugement externe de fait, qu'un observateur du système pourrait émettre, mais

¹⁰³ CD p. 130.

sans l'accepter»¹⁰⁴. Le même caractère est possédé par «le jugement externe de fait selon lequel le système est en général efficace»¹⁰⁵. Outre ces deux types de jugement, il est possible de dire que telle ou telle règle est convenable ou qu'un système contient des normes justes. Ce ne sont pas des jugements sur la validité juridique, mais des jugements de valeur¹⁰⁶.

La structure hiérarchique de l'ordre juridique

Lorsque Hart propose de concevoir le droit comme l'ensemble de règles primaires d'obligation et de règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision, il y a là la configuration d'une structure propre aux systèmes juridiques. De plus, cet auteur remarque que si la règle de reconnaissance, dans un système juridique moderne, est entendue comme le critère suprême et ultime de validité, elle implique en même temps une structure hiérarchique des sources de droit¹⁰⁷, c'est-à-dire des critères pour identifier les règles du système.

2. L'ANALYSE D'ENSEMBLE DES THEORIES DE LA NORME FONDAMENTALE ET DE LA REGLE DE RECONNAISSANCE

Après les présentations synthétiques et successives des théories de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance, une analyse d'ensemble s'impose.

¹⁰⁴ CD p. 136.

¹⁰⁵ CD p. 132.

¹⁰⁶ CD p. 136.

¹⁰⁷ CD p. 128.

Il convient qu'une telle analyse débute par une comparaison entre les doctrines de Kelsen et de Hart sur le fondement de la constitution et du système juridique. Après cette comparaison, la question qui surgit est celle de savoir si la règle de reconnaissance par rapport à la norme fondamentale a la signification d'un processus de développement analytique sur le droit.

2.1. La comparaison entre les deux théories

Une comparaison entre la théorie de Kelsen et celle de Hart doit commencer par étudier la possibilité d'un débat entre les deux auteurs en déterminant quelle est l'influence de la norme fondamentale sur la règle de reconnaissance. Ensuite, une comparaison spécifique permettra d'établir l'existence de ce débat.

2.1.1. L'apparition d'un débat

Les différences générales entre la théorie pure de Kelsen et la théorie juridique de Hart ont été partiellement indiquées au sous-titre précédent, dans la mesure où les éléments de base pour l'élaboration de la théorie de la norme fondamentale et de la théorie de la règle de reconnaissance ont été présentés. En ce qui concerne ces deux théories, il faudrait établir l'existence d'un débat et sa portée éventuelle sur ce point spécifique. Il semble donc convenable de commencer par l'analyse que Hart développe lui-même du rapport entre sa règle de reconnaissance et la norme fondamentale, étant donné que Kelsen n'a jamais répondu aux critiques

concrètes de cet auteur. Ensuite, la question de savoir si, malgré les différences établies par Hart, il serait possible de trouver des apports ou une influence peut être posée.

2.1.1.1. L'analyse de Hart sur la norme fondamentale

À propos de l'analyse que Hart réalise sur la norme fondamentale de Kelsen, il y a, d'une part, une série de critiques directes de cette théorie kelsenienne et, d'autre part, certaines différences concrètes établies par cet auteur.

Les critiques de la norme fondamentale

Dans l'ouvrage *Le concept de droit*, Hart critique directement, mais de manière implicite, la théorie de la norme fondamentale de Kelsen. En effet, lors de l'analyse du caractère juridiquement ultime de la règle de reconnaissance, il parle de «certains auteurs» qui «ont exprimé cette idée en disant que, tandis que la validité juridique des autres règles du système peut être démontrée en se référant à elle [à la règle de reconnaissance], sa propre validité ne peut être démontrée, mais se trouve “supposée” ou “postulée”, ou constitue une “hypothèse”»¹⁰⁸. Il ne peut s'agir que du caractère supposé et hypothétique de la norme fondamentale kelsenienne, ce qui est confirmé par les références explicites dans les notes à la fin de cet ouvrage. Deux séries de critiques y sont formulées par Hart contre la théorie de la norme fondamentale : dans la première, il souligne que lorsque des jugements sur la validité d'une norme sont énoncés, il y a en effet certains présupposés. Ils sont

¹⁰⁸ CD, p. 136.

constitués par des énoncés externes de fait qui se réfèrent au système et peuvent avoir deux sens : d'une part, le jugement externe de fait émis lorsqu'une personne affirme la validité d'une norme en utilisant la règle de reconnaissance du système ; d'autre part, le jugement externe de fait lorsque cette règle de reconnaissance n'est pas seulement admise par cette personne, mais est utilisée et acceptée par les autres membres de la communauté juridique. Hart affirme alors que si l'on décrit la présence de ces deux «présupposée» en disant qu'ils font partie d'une supposition ou d'une hypothèse, on occulte son véritable caractère factuel, c'est-à-dire le fait qu'ils constituent des pratiques effectives constatées par la réalité. La deuxième série des critiques part de ce problème des présupposés qui sont derrière les jugements de validité pour arriver au caractère «essentiellement factuel» de l'existence de la règle de reconnaissance. Ceci conduit à «une objection plus sérieuse¹⁰⁹» au fait de dire que la validité de la règle de reconnaissance est supposée, dans la mesure où il faut faire une distinction entre supposer la validité d'une norme (c'est le cas de la norme fondamentale) et ne présupposer que son existence (c'est le cas de la règle de reconnaissance).

Les critiques de Hart à la théorie de la norme fondamentale ne sont pas seulement développées dans *Le concept de droit*. Il est possible d'en trouver ailleurs, qui sont encore plus formelles car Hart se réfère explicitement à Kelsen. On se contentera de les indiquer¹¹⁰ pour orienter l'analyse vers une autre critique

¹⁰⁹ CD, p. 137,

¹¹⁰ Dans l'article *Legal and moral obligation* Hart critique également le fait que la validité de la norme fondamentale soit supposée et affirme qu'en ce sens, Austin présentait une proposition qui dépasserait celle de

plus intéressante que Hart présente sous le nom de «relation de prétention de validation» (*validating purport*). Dans l'article *Kelsen's doctrine of the unity of law*¹¹¹ Hart définit cette relation de prétention de validation comme celle qui existe entre, d'un côté, les règles et procédures, et de l'autre, le contenu des règles de création normative qui prétendent rendre valides ces règles et procédures (par exemple les règles qui attribuent des compétences de création de normes juridiques à X)¹¹². Pour qu'une règle fasse partie du système, il est nécessaire, mais pas suffisant de montrer que les normes créées selon les normes et procédures du second terme de la relation fondent leur validité sur ces normes et procédures. Pour pouvoir passer de "cette norme prétend fonder la validité des normes créées par X" à "les normes créées en effet par X fondent leur validité sur cette norme-là", il faudrait que les tribunaux et les organes d'application du droit reconnaissent une telle norme qui confère ces compétences à X et l'utilisent pour reconnaître les normes dont la validité est fondée sur la norme qui donne pouvoir à X. C'est ainsi que Hart conteste la thèse de Kelsen selon laquelle la validité de toutes les normes d'un système juridique est fondée sur une norme fondamentale, à laquelle on aboutit

Kelsen car il ne nie pas le caractère factuel du fondement du système juridique, c'est-à-dire son postulat que le droit est fondé sur les ordres du souverain habituellement obéi et dont l'efficacité et garantie par une sanction : H. HART, «Legal and moral obligation», in *Essays in Moral Philosophy* (ed. par A.I. Melden), Seattle : University of Washington Press, 1958, pp. 82-107. Dans l'article *Kelsen Visited* Hart essaie de donner une explication de la norme fondamentale à partir d'une analyse de ce que Kelsen appelle «propositions du droit au sens descriptif» (TGDE, p. 94 et s.) : «Kelsen does not conceive of the jurist's statements as having a simple one-to-one correspondence with the laws of the system in question. His finished representation of the system will have a clarity, consistency, and order not present in the original : indeed it will include for example a basic norm "postulated" by the jurist which many not ever have been explicitly formulated within the system but will explain the validity and the systematic interrelation of the subordinate norms. Even this aspect of the jurist's "representation" of the system we might reproduce, and so come to understand a little better, in a further use of the analogue of the interpreter» H. HART, «Kelsen Visited» in *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford : Clarendon press, 1983, p. 294.

¹¹¹ H. HART, «Kelsen's doctrine of the unity of law», *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford : Clarendon press, 1983, pp. 309-342.

¹¹² *Ob. cit.* p. 336-337.

après avoir gravi un ou plusieurs échelons de ce système. Il la conteste dans la mesure où cette thèse implique une «relation de prétention de validation» qui ne suffit pas pour établir l'appartenance d'une règle au système. Selon Hart, on ne pourrait fonder la validité des normes sur d'autres normes que lorsque l'on sait, à travers la «preuve de reconnaissance» (*test of recognition*), à quel système appartiennent les normes. Sans cette preuve, la norme fondamentale ne peut pas être la fin d'un processus qui nous indique les normes faisant partie du système et qui nous explique l'unité des ces normes dans un système¹¹³.

Les différences de la règle de reconnaissance

À la fin du *Concept du droit*¹¹⁴, Hart assure que sa théorie de la règle de reconnaissance est différente tant de celle d'Austin (habitude générale consistant à obéir au souverain non- limité juridiquement) que de celle de Kelsen (norme fondamentale) et de celle de Salmond (principes juridiques ultimes). En ce qui concerne la théorie kelsenienne, il propose quatre différences : en premier lieu —il semblerait que le fait que ce point soit le premier n'est pas fortuit—, la différence quant au *caractère factuel* de la règle de reconnaissance, dont l'existence est une question de fait et non pas une hypothèse ou un présupposé ; en deuxième lieu, la différence quant à *l'impertinence du concept de validité* pour expliquer l'existence de la règle de reconnaissance, alors que Kelsen parle d'une norme fondamentale «valide» ; en troisième lieu, la différence quant au contenu de la règle de reconnaissance qui dépend exclusivement du critère de validité utilisé

¹¹³ *Ob. cit.* p. 338.

¹¹⁴ CD. p. 293 (note faisant référence à la page 97 selon la pagination de la version anglaise).

effectivement dans le système juridique et qui ne peut être réduit à un postulat universel applicable à tous les systèmes juridiques, comme celui que propose la norme fondamentale ; en quatrième lieu, la différence quant aux conséquences de la théorie de la règle de reconnaissance par rapport au *conflit entre le droit et la morale*, car Hart considère que la proposition d'une norme fondamentale est l'un des arguments de la thèse kelsenienne selon laquelle un conflit entre une règle juridique et une règle morale qui prescrit un comportement contraire à celui prévu par la première est logiquement impossible. Hart souligne que sa théorie de la règle de reconnaissance est loin d'avoir de telles implications¹¹⁵.

2.1.1.2. Les apports et l'influence de la norme fondamentale sur la règle de reconnaissance

Malgré les différences que Hart établit lui-même, il ne nie pas que sa théorie de la règle de reconnaissance «ressemble, à certains égards, à l'idée kelsenienne d'une norme fondamentale»¹¹⁶. Il s'agit de savoir quels sont ces «certains égards» qui permettent une ressemblance entre ces deux théories. Il serait possible de les trouver, d'une part, dans le cadre général du positivisme à l'intérieur duquel seraient placés ces deux auteurs et, d'autre part, dans la conception générale qu'ils ont du système juridique.

Le cadre général du positivisme normativiste

¹¹⁵ À propos des problèmes de la thèse de Kelsen sur les rapports entre le droit et la morale et la réponse de Hart concernant les différents types de conflits qui peuvent se présenter entre ces deux ordres normatifs, voir H. HART, «Kelsen Visited», p. 301 et s.

¹¹⁶ CD, p. 293.

La présentation du sous-titre premier permettrait d'observer que tant Kelsen que Hart acceptent certains principes théoriques et méthodologiques qui les placent dans le cadre d'un positivisme de caractère normativiste. Il faut d'abord souligner le caractère normativiste du positivisme kelsenien et hartien pour le distinguer de celui préconisé par Austin en Angleterre et ou Carré de Malberg en France qui font montre d'un étatisme radical réduisant tout le droit aux commandements de l'État. Il s'agit donc d'un positivisme normativiste dans la mesure où «Hart accepte chez Kelsen, comme concept central du droit, celui de norme, en le substituant au concept austinien de commandement coercitif»¹¹⁷. C'est aussi l'opinion d'A. Brimo, car «rejoignant souvent Kelsen, et s'écartant par cela même du critère austinien de coercition, Hart considère que le droit se situe au point de rencontre de deux type de normes, les normes primaires qui imposent des obligations (commandement), et les normes secondaires qui sont attributives de compétences»¹¹⁸.

Un deuxième point qui permet de considérer Kelsen et Hart comme deux auteurs du courant positiviste est la séparation méthodologique entre l'étude du droit positif et la réflexion sur la morale. C'est ainsi que l'un des postulats de la théorie pure de Kelsen se propose «uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en

¹¹⁷ Guido FASSO, *Histoire de la philosophie du droit XIXe et XXe siècles* (traduction de Catherine Rouffet), Paris : LGDJ, 1976, p. 235.

¹¹⁸ A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris : A. Pedone, 1968, p. 281. Dans ce même sens, mais en soulignant que Hart évite la défense radicale d'un positivisme juridique, Ramos Pascua soutient que cet auteur rejoint un courant positiviste : J.A. RAMOS PASCUA, *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid: Tecnos, 1989, p 112.

aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait »¹¹⁹. Hart, en faisant référence aux idées d'Austin, utilise des termes semblables pour affirmer qu'il faut faire la distinction entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être¹²⁰.

Enfin, il serait possible de trouver un troisième aspect où les théories de Kelsen et de Hart partagent des éléments communs du positivisme normativiste : l'importance donnée au fait de la réaction à la transgression pour l'identification des règles obligatoires. Nous avons montré que Kelsen caractérisait les normes juridiques obligatoires en ce que leur efficacité est garantie par une sanction. En ce qui concerne la théorie juridique de Hart, il avait refusé la théorie d'Austin dans la mesure où elle proposait comme critère d'identification des normes juridiques obligatoires le fait que son infraction ait comme conséquence une sanction coercitive (ce qui les différencie des règles morales). Cependant, cet auteur ne nie pas d'une manière radicale que la réaction à la transgression des normes ne soit pas un élément qui permette d'identifier les règles dans un contexte où il est possible de parler d'une obligation, c'est-à-dire des règles qui bénéficient d'une pression sociale importante. De cette façon, Hart soutient qu'«on considère et on dit que les règles imposent des obligations, lorsqu'on exige généralement avec insistance qu'on les observe et que la pression sociale exercée sur ceux qui s'en

¹¹⁹ TP 2^e éd. , p. 1.

¹²⁰ Voir spécialement le deuxième paragraphe du chapitre VII de *Le concept de droit* où Hart essaie de trouver «les caractères qui distinguent les principes moraux non seulement des règles juridiques mais aussi de tous autres types de règles ou de modèles de conduite» (p. 191) et également l'article «Positivism and the separation of law and morals», *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford : Clarendon press, 1983, pp. 49-87.

écartent ou menacent de s'en écarter est grande»¹²¹. Et il conclut que «ce qui est important, c'est que l'appréciation de l'importance ou de l'*intensité* de la pression sociale sous-jacente aux règles, constitue le facteur essentiel qui nous permet de déterminer si on les considère comme donnant naissance à des obligations»¹²². C'est pourquoi il ne serait pas exagéré de remarquer que Hart, en considérant que l'existence d'une obligation se fonde sur une règle sociale ayant une pression sociale considérable, continuerait à admettre quelques éléments de la théorie imperativiste d'Austin et de Kelsen

La conception systématique et hiérarchique du droit

Il y a également une convergence dans la manière dont ces deux auteurs conçoivent l'ensemble des normes juridiques qui forment le droit. Tant pour Kelsen que pour Hart, le droit ne se borne pas à être une réunion de normes où l'ensemble n'a pas une très grande importance. Au contraire, le droit constitue un système dont les rapports entre les éléments sont aussi essentiels que ces éléments eux-mêmes. Il s'agirait d'un point commun lié à la tendance positiviste partagée par ces auteurs. Ceci ne veut pas dire que le positivisme soit le seul courant doctrinal qui développe une analyse systématique du droit.

Le système juridique configuré par l'union de règles primaires d'obligation et de règles secondaires de reconnaissance, changement et décision selon le modèle de Hart correspond-il à un système de type dynamique, selon la conception

¹²¹ CD, p. III.

¹²² *Ibidem*.

kelsenienne du droit ? Pour Van de Kerchove et Ost, la réponse doit être négative, parce que les règles secondaires de Hart ne se limitent pas à être de simples règles formelles qui définissent l'autorité compétente et la procédure à suivre pour la création d'autres normes. En effet, selon Hart, la règle de reconnaissance «peut revêtir une immense variété de formes différentes, simples ou complexes»¹²³ : par exemple, dans les systèmes juridiques développés, la règle de reconnaissance se réfère au caractère général qui doit être possédé par les normes du système : «ce caractère peut résider dans le fait qu'elles ont été édictées par un organe spécifique, ou qu'elles ont fait l'objet d'une pratique coutumière, ou qu'elles ont une certaine relation avec des décisions judiciaires»¹²⁴. La conclusion est donc que «le régime articulant des règles primaires et secondaires n'est donc pas nécessairement un système purement dynamique. Il aurait, semble-t-il, ce caractère que dans l'hypothèse du "royaume imaginaire de Rex I" tel que Hart le conçoit fictivement, où "la règle de reconnaissance... serait simplement que tout ce que Rex I édicte constitue du droit.»¹²⁵.

2.1.2. Un parallèle spécifique

Pour faire une comparaison entre les théories de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance, il serait convenable de suivre une démarche en trois niveaux : dans le premier, mettre en évidence les ressemblances et les éléments communs aux deux théories ; dans le deuxième, déterminer les similitudes

¹²³ CD, p. 120.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : Presses Universitaire de France, 1998, p. 59.

partielles, c'est-à-dire les aspects qui ne sont pas l'objet d'un accord total entre les deux auteurs ; finalement, dans le troisième, exposer les incompatibilités ou les éléments complètement différents.

2.1.2.1. Les éléments équivalents

Le concept de validité

Kelsen et Hart considèrent chacun que tant la norme fondamentale que la règle de reconnaissance incluent l'émergence du concept de validité à l'intérieur du système juridique. Pour le premier, la norme fondamentale permet de différencier les normes du système juridique et les normes d'autres systèmes, ce qui rend possible le concept de validité. «La norme fondamentale d'un ordre juridique est une règle ultime qui est postulée et conformément à laquelle les normes de l'ordre sont établies ou annulées, acquièrent ou perdent leur validité»¹²⁶. De la même façon, selon Hart, la règle de reconnaissance, en identifiant une règle donnée comme ayant certaines caractéristiques qui lui permettent d'appartenir au système, introduit l'idée de validité juridique.

L'unité du système juridique

Les normes dont la validité peut se référer soit à une norme fondamentale, soit à une règle de reconnaissance, constituent un ordre juridique unitaire. C'est ainsi que pour Kelsen, toutes les normes qui fondent leur validité sur une *seule et même* norme fondamentale créent un système unitaire du droit. De son côté, Hart affirme

¹²⁶ TGDE, p. 167.

que les règles qui possèdent les traits établis par la règle de reconnaissance forment un seul système ; c'est ainsi que cette règle transforme un ensemble confus en un système.

Le critère suprême et ultime de validité

Pour les deux auteurs, la norme fondamentale et la règle de reconnaissance sont le critère suprême et ultime de validité du système juridique. Elles sont le critère suprême parce que les normes valides selon l'une ou l'autre de ces règles le sont toujours, même si elles contredisent les normes qui seraient valides selon d'autres critères ; de cette façon, la question de la validité juridique des normes positives disparaît dans ce critère suprême. Elles sont également le critère ultime parce qu'elles expliquent la validité de toutes les règles du système, mais sans être expliquées par une autre norme du même système.

Le sens positiviste de la création de normes juridiques

La théorie de la norme fondamentale et la théorie de la règle de reconnaissance partent d'une compréhension positiviste de la création du droit. C'est pourquoi la norme fondamentale qualifie certains actes comme faits initiaux pour la création de normes juridiques. Il s'agit du point de départ d'un processus normatif créateur du droit qui produit des normes spéciales qui ne sont pas déduites logiquement de la norme fondamentale (système statique), mais qui sont posées par l'acte concret d'une autorité humaine habilitée par une norme supérieure. Hart ne présente pas ce principe d'une manière explicite. Cependant, il

est évident que sa théorie est l'expression d'une conception positiviste du droit, dans la mesure où les règles de droit ne seraient que le résultat des actes humains, mais pas exclusivement d'une autorité habilitée, en particulier pour la règle de reconnaissance.

Le rapport entre validité et efficacité

Grâce à leur compréhension de la validité des normes juridiques, Kelsen et Hart appréhendent de manière similaire les rapports entre validité et efficacité : dans le domaine de la norme juridique individuelle, la validité de la norme juridique est complètement indépendante de l'efficacité ; au niveau global du système juridique, il est impossible de comprendre la validité sans présupposer l'efficacité de ce système. Ainsi, d'une part, Kelsen soutient que la validité de l'ordre juridique dépend de son efficacité générale¹²⁷. D'autre part, Hart affirme qu'à l'«inefficacité d'une règle particulière, que l'on peut ou que l'on ne peut pas, selon le cas, prendre en considération pour contester sa validité, il convient d'opposer une désobéissance générale à l'égard des règles appartenant au système. Cette désobéissance peut être tellement complète et prolongée que nous dirions, en présence d'un système nouveau, qu'il ne s'est jamais institué en système juridique d'un groupe donné ou, dans le cas d'un système originellement établi, nous dirions qu'il a cessé d'être le système juridique du groupe»¹²⁸.

¹²⁷ *Ob. cit.*, p. 173.

¹²⁸ CD, p. 131.

2.1.2.2. Les similitudes partielles

La formulation non explicite

La norme fondamentale et la règle de reconnaissance, selon ces deux «créateurs», n'apparaissent pas formulées explicitement dans la plupart des systèmes juridique existants. Dans le cas de la norme fondamentale, elle est, selon Kelsen, un présupposé pour fonder la validité de l'ordre juridique. Ceci explique pourquoi elle n'est pas formulée explicitement comme une norme positive. Cette formulation revient donc à la science juridique. La règle de reconnaissance n'est pas non plus une norme formulée explicitement, mais pour une raison différente. Elle n'est pas explicite parce que son existence consiste en une pratique générale qui est supposée par celui qui énonce un jugement de validité sur une norme. Soulignons que pour Hart, présupposer la validité d'une norme est une chose et supposer l'existence d'une pratique par rapport à une règle en est une autre complètement différente.

Le contenu des normes du système

Pour Kelsen, les normes spécifiques du système juridique ne sont pas valides parce que son contenu peut être déduit du contenu de la norme fondamentale qui aurait, à son tour, un contenu évident ou intrinsèque. Les normes d'un système dynamique fondé sur une norme fondamentale ne sont valides que parce qu'elles ont été créées par l'autorité et selon la procédure définies en dernière instance par la norme fondamentale, peu importe si elles possèdent ou pas un contenu. Hart n'écarte pas la possibilité que la règle de reconnaissance ne statue que sur les

conditions formelles de l'appartenance d'une norme à un système juridique. Néanmoins, il ne s'agit pas pour lui de la seule alternative, car la règle de reconnaissance peut contenir des critères de validité des règles juridiques encore plus complexes qu'une simple délimitation formelle. Ainsi, cette règle pourrait fixer non seulement des conditions de caractère formel (par exemple, une procédure législative, ou une décision judiciaire), mais aussi des conditions matérielles selon lesquelles les normes devraient avoir un certain contenu ou qu'elles ne soient pas contraires à certains postulats.

L'énoncé d'application générale

Kelsen fait un énoncé de la norme fondamentale qui serait applicable à tous les systèmes juridiques ; cependant, il donne l'impression de tenir compte du système juridique existant¹²⁹. Au contraire, Hart soutient expressément que la forme de la règle de reconnaissance dépend du critère de validité qui est effectivement utilisé¹³⁰ ; il donne quelques exemples (le droit anglais et un système monarchique absolu).

Processus de création normative

Kelsen considère que de la conception de la norme fondamentale surgissent deux processus concrets et différents de création de normes juridiques : d'une

¹²⁹ TGDE, p. 169-170.

¹³⁰ «Dans un système juridique développé, les règles de reconnaissance sont évidemment plus complexes ; au lieu d'identifier les règles en se référant exclusivement à un texte ou à une liste, elles le font en se référant à quelque caractère général possédé par les règles primaires. Ce caractère peut résider dans le fait qu'elles ont été édictées par un organe spécifique, ou qu'elles ont fait l'objet d'une pratique coutumière, ou qu'elles ont une certaine relation avec décisions judiciaires». CD, p. 120.

part, celui qui tend à créer de manière délibérée du droit (par exemple, la législation, les décisions judiciaires, les résolutions administratives, les transactions juridiques, etc.); d'autre part, celui qui n'a pas comme objectif immédiat la création de normes et qui correspond, selon Kelsen, au cas de la coutume. Hart, de son côté, ne nie pas la possibilité que la règle de reconnaissance établisse l'un ou l'autre de ces deux processus, mais il ne considère pas qu'ils soient la conséquence de la conception même de cette règle. Elle ne fait que déterminer le critère de validité des normes du système. Mais le processus de création normative qui constitue ce critère dépend exclusivement de la pratique effective à l'intérieur de la communauté juridique, c'est-à-dire qu'il soit en effet utilisé pour identifier les règles valides du système.

2.1.2.3. Les incompatibilités

La fonction

Alors que Kelsen affirme que la fonction essentielle de la norme fondamentale est de désigner les autorités qui réalisent le premier acte de création normative, et de conférer à cet acte et aux actes fondés sur celui-ci le caractère de création du droit, Hart considère que la fonction de la règle de reconnaissance se rapporte à la fixation de certaines caractéristiques indispensables pour que les normes fassent partie du système juridique.

Le caractère de norme pensée et de règle d'existence factuelle

Kelsen attribue à la norme fondamentale le caractère de postulat de la science juridique parce qu'elle n'est pas une norme voulue à travers un acte de volonté, mais une norme pensée par la science du droit. La thèse de Hart est loin de doter d'une telle nature la règle de reconnaissance, puisque son existence ne dépend pas du fait qu'elle soit conçue comme une hypothèse ou un postulat du juriste, mais bien de l'utilisation pratique de son critère de validité pour identifier les règles du système.

Existence et validité

Kelsen et Hart entendent de manière complètement différente l'existence et la validité de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance. Pour le premier, l'existence de la norme fondamentale doit être comprise en termes de validité. Pourtant, comme elle ne peut pas fonder sa validité sur une autre norme du système (sinon, elle ne serait plus fondamentale), il faut donc la supposer ; en d'autres termes, sa validité est supposée ou hypothétique¹³¹. Au contraire, pour Hart, l'existence de la règle de reconnaissance se formule au moyen de jugements externes de fait et non pas au moyen de jugements internes de validité. Ces énoncés externes se réfèrent à une réalité sociale spécifique consistant en une pratique généralisée, complexe et concordante de définition des règles valides du système selon le critère de la règle de reconnaissance ; autrement dit, l'existence de la règle de reconnaissance réside dans le fait de son utilisation comme critère

¹³¹ TGDE, p. 170.

suprême et ultime de validité¹³². Tandis que l'existence de la norme fondamentale est une question de validité, l'existence de la règle de reconnaissance est une question de fait.

2.2. De la validité de la norme fondamentale à la existence de la règle de reconnaissance

Après la comparaison entre la théorie de la norme fondamentale et celle de la règle de reconnaissance, il est nécessaire d'en tirer les enseignements et d'en établir les conséquences quant à l'analyse de ces deux doctrines. La conclusion principale à laquelle il est possible d'arriver est que bien qu'elles constituent deux conceptions proches, dans la mesure où elles sont toutes deux représentatives d'un positivisme normativiste, il existe entre elles une opposition remarquable. En outre, un processus de développement analytique montre les avantages de l'une par rapport à l'autre. Il faudrait commencer par mettre en évidence les raisons de cette opposition pour pouvoir passer ensuite à une analyse de la signification de la transition de la norme fondamentale à la règle de reconnaissance.

¹³² «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 fait» CD, p. 138.

2.2.1. L'opposition entre Kelsen et Hart

La comparaison réalisée dans la section antérieure permet d'arriver à la conclusion suivante : malgré les ressemblances entre où la norme fondamentale et la règle de reconnaissance, et bien qu'elles constituent deux propositions théoriques "sœurs" grâce à leurs éléments communs, il existe une opposition remarquable quant au fond de ces théories et quant à ce qu'elles représentent dans le cadre de la théorie juridique de Kelsen et dans celle de Hart. Cette conclusion exige, d'abord, une réponse à la question sur l'existence de ces éléments affins qui rapprochent les deux théories ; ensuite, il faudrait expliquer ce qui conduit à une telle opposition.

2.2.1.1. Les points communs comme contexte analytique général

Les raisons qui expliquent le rapprochement des deux théories peuvent être vues à partir de deux perspectives. D'un point de vue général, le contexte où sont placées la théorie de la norme fondamentale et celle de la règle de reconnaissance a été déjà invoqué à propos des considérations sur l'influence de la théorie de Kelsen sur celle de Hart. Dans la mesure où ces deux auteurs ont la même tendance positiviste et normativiste, ils partagent quelques éléments concrets dans le domaine de leurs doctrines juridiques. De cette manière, la norme fondamentale et la règle de reconnaissance expriment par divers aspects le fait que c'est le positivisme normativiste ce qui les encadre. Il faut aussi souligner que la théorie de Hart serait une révision du normativisme kelsenien ; ainsi, il y aura quelques

similitudes puisque le second est le point de départ de la première. Du point de vue concret de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance, il est possible de dire que celle-ci est l'héritière de celle-là dans la mesure où la règle de reconnaissance vient accomplir un rôle similaire à celui que la norme fondamentale effectue dans le système kelsenien, c'est-à-dire de permettre l'identification des règles de droit et par cette voie l'introduction du concept de validité juridique. Par conséquent, les points communs que possèdent les deux théories sont le résultat du contexte analytique général où sont placés leurs auteurs.

2.2.1.2. L'opposition quant aux éléments de fond

L'opposition entre la norme fondamentale et la règle de reconnaissance peut se regarder soit du point de vue du contexte théorique de ces deux thèses, soit de leur point de vue concret. En premier lieu, les différences s'expliquent parce que chaque auteur part de fondements épistémologiques et méthodologiques divers. C'est ainsi que, d'une part, Kelsen prétend s'appuyer sur une conception kantienne de la raison théorique qui se fonde sur l'existence de certains principes *a priori* placés à la base du système scientifique. De plus, il part de la séparation radicale entre le domaine de l'être et de celui du devoir être. Le domaine de l'être est celui de la nature. Il correspond à «un système d'éléments reliés les uns aux autres par un principe particulier, celui de la causalité. Toute loi naturelle fait application de ce principe»¹³³. Au contraire, «une science du droit ou une éthique scientifique ne

¹³³ TP 1^e éd., p. 26.

peuvent avoir pour objet que le droit positif ou même la morale positive. Elles ont à décrire des normes positives prescrivant ou autorisant un comportement déterminé et elles peuvent ainsi affirmer que dans telles conditions tel individu *doit* se comporter de cette manière»¹³⁴. Ces activités sont réalisées à travers un principe différent dans lequel une relation entre deux comportements humains est établie : celui qui constitue une transgression à une norme et celui qui constitue l'application d'une sanction. «Mais cette sorte d'imputation doit être nettement distinguée de celle qui établit, dans le domaine du droit, une relation que nous avons mise en parallèle avec la relation causale, fondement des lois naturelles»¹³⁵. Tout cela explique que cet auteur affirme, d'un côté, que la norme fondamentale est un postulat de la science juridique ayant le même caractère que les axiomes des sciences de la nature et, de l'autre, qu'il faut maintenir strictement la différence entre le devoir être du droit et l'être des phénomènes liés au droit, ce qui ne permet que de supposer la validité de cette norme fondamentale. D'autre part, le point de départ de Hart est une vision analytique de phénomènes juridiques. Au moyen de cette vision, il prétend développer tant une «sociologie descriptive»¹³⁶ des événements réels qui se produisent autour du droit qu'une conception analytique du droit même. *Le concept de droit*, selon son auteur, est «un essai en

¹³⁴ TP 1^e éd., p. 28.

¹³⁵ À propos de l'imputation entendue comme la connexion entre deux faits (celui de l'infraction et celui de la sanction), dans la deuxième version de la théorie pure Kelsen fait l'éclaircissement que «dans des écrits antérieurs, j'avais nommé l'opération intellectuelle en cause : imputation, "*Zurechnung*". Mais étant donné que ce mot sert à désigner avant tout la connexion normative de deux faits qui est analogue à la connexion causale, j'avais dû nécessairement distinguer l'imputation d'une fonction à une collectivité qualifiée, d'imputation "centrale" ; de la connexion normative de deux faits qualifiée d'imputation "périphérique". Cette terminologie n'était pas très satisfaisante et a conduit à des malentendus. Pour cette raison, j'emploie maintenant "imputation" uniquement pour désigner la connexion normative de deux faits». TP 2^e éd., p. 200, note 1.

¹³⁶ CD, p. 10.

théorie juridique du droit, dans la mesure où il se consacre davantage à clarifier la structure générale de la pensée juridique, qu'à critiquer le droit ou à faire de la politique juridique»¹³⁷. Ceci permet alors de comprendre pourquoi Hart suit un autre chemin que celui de Kelsen et va chercher dans le domaine des phénomènes liés au droit l'explication de l'existence de la règle de reconnaissance.

En deuxième lieu, par rapport à la norme fondamentale et à la règle de reconnaissance elles-mêmes, qui sont toutes deux les éléments qui expliquent l'unité et la validité des normes du système, elles sont des éléments faisant partie du système de règles et pour cette raison ne constituent pas une explication de l'unité et de la validité transcendantale du droit même, comme, par exemple, la doctrine du jusnaturalisme. Cependant, il y a une différence considérable, voire déterminante : elles possèdent une nature distincte par rapport à leur "validité" ou "existence" comme normes. La norme fondamentale est "valide" parce qu'il faut supposer sa validité pour pouvoir comprendre les actes de volonté prétendant établir des normes juridiques comme des actes posant des règles de droit. La règle de reconnaissance "existe" dans la mesure où le critère de validité qui la constitue est utilisé dans la pratique qui met en œuvre le droit pour identifier les règles appartenant au système juridique. La norme fondamentale est de caractère supposé, hypothétique et même «fictif», alors que la règle de reconnaissance est de caractère factuel.

¹³⁷ CD, p. 9.

2.2.2. La transformation du caractère de la “norme basique”

Il faut tout d’abord souligner que ce terme de “norme basique” prétend rejoindre tant la théorie de la norme fondamentale de Kelsen que la théorie de la règle de reconnaissance de Hart. Lorsqu’il devient nécessaire de déterminer la signification de chaque théorie par rapport à l’autre, apparaît une transformation du caractère qui vient d’être signalé. Que cette transformation constituerait une évolution dans le domaine de la pensée juridique est le premier propos de ce paragraphe ; ensuite, la prééminence explicative de la règle de reconnaissance va être soulignée.

2.2.2.1. La règle de reconnaissance : une évolution de l’analyse du système juridique

Il est difficile de nier que la théorie de la norme fondamentale de Kelsen soit une explication très élaborée du système juridique et du concept de validité à propos de règles de droit ; en revanche, elle fournit un critère simple, voire net, de la validité de ces règles. Il s’agit d’une seule norme, d’un seul postulat, qui explique soit directement, soit indirectement tous les éléments de l’ordre juridique. Cependant, à cause de son caractère hypothétique et supposé dans un premier temps, fictif dans un développement postérieur, les critiques n’ont pas pu attendre. Critiquer les points faibles de cette théorie est déjà une tâche complexe qui s’explique par le caractère élaboré de la théorie, indiqué plus haut. Mais dépasser cette démarche critique et négative —voire destructrice— pour arriver à une proposition alternative de nature positive est un propos dont le succès n’est pas du

tout assuré. C'est précisément ce que réussit à faire Hart avec la règle de reconnaissance. Cette proposition ne critique pas seulement celle de Kelsen ; elle essaie de la dépasser et de poser une alternative qui aurait quelques similitudes, mais qui a un caractère et un fond différents. De ce point de vue, la règle de reconnaissance peut être vue comme une évolution face à la norme fondamentale, dans la mesure où Hart part de cette dernière pour bâtir sa propre conception. Elle est aussi une évolution parce qu'elle arriverait à donner une explication plus satisfaisante des systèmes juridiques dans la mesure où elle écarte les présupposés et les hypothèses qui fondent la théorie kelsenienne et met en lumière l'importance des phénomènes juridiques qui expliquent l'existence des règles de droit. Il s'agit de phénomènes négligés par Kelsen, principalement en raison du propos méthodologique de «pureté» de sa théorie, mais qui sont traités par la théorie hartienne pour parvenir à une solution qui est au moins plus compréhensible et plus complète.

2.2.2.2. La prééminence explicative de la théorie de la règle de reconnaissance

La prééminence explicative de la règle de reconnaissance sur la norme fondamentale se rapporterait à deux points que ces deux théories prétendent éclairer : d'une part, la compréhension du système juridique ; d'autre part, la compréhension des phénomènes liés au droit.

Les éclaircissements pour la compréhension du système juridique

La règle de reconnaissance ainsi que l'union de règles primaires et secondaires ne prétendent pas, selon Hart, constituer une définition stricte du droit, mais seulement parvenir à quelques éclaircissements. Ceci est formulé explicitement lorsque cet auteur prévient que «l'union de règles primaires et secondaires est au centre d'un système juridique ; mais elle ne coïncide pas avec ce système dans sa totalité, et lorsque nous nous écartons de ce centre, il nous faudra concilier des éléments d'un caractère différent»¹³⁸. Cette union et plus particulièrement la règle de reconnaissance permettent de mieux comprendre les concepts juridiques fondamentaux, comme ceux d'obligation, de droit subjectif, de source de droit, de législation, de juridiction, de sanction, etc.. Mais surtout, elles rendent plus claires les concepts de validité juridique et de système juridique. De cette manière, Hart affirme que «nous possédons là non seulement le cœur d'un système juridique, mais encore un outil extrêmement fécond pour analyser une grande partie des sources de perplexité aussi bien du juriste que du politicologue»¹³⁹. Le point où les éclaircissements sur le système juridique sont les plus importants serait la structuration du système que Hart réalise à partir de la différence entre les règles primaires d'obligation et les règles secondaires se rapportant aux règles primaires. Cette configuration semble plus appropriée à la structure des systèmes juridiques que celle développée par Kelsen en distinguant les normes positives qui sont la signification d'un acte de volonté réel d'une autorité habilitée par l'ordre juridique des normes pensées qui sont la signification d'un acte de volonté fictif dont

¹³⁸ CD, p. 125.

¹³⁹ CD, p. 123.

l'exemple le plus évident est la norme fondamentale. Pour Hart, le problème n'est pas celui de présupposer la validité de normes pensées et fictives, ceci étant «hors de propos» ; il vaut mieux alors de ne plus rechercher la validité d'une norme qui ne peut pas être validée par un critère du système lui-même, et établir l'existence d'une pratique réelle constituant la règle à partir de laquelle le système va s'expliquer.

Que l'union des règles primaires et secondaires soit une description plus appropriée par rapport aux systèmes juridiques tels qu'ils existent ne fait pas l'unanimité. La plupart des critiques de la théorie de Hart lui reprochent le fait d'avoir développé une théorie qui ne serait applicable qu'au cas anglais. Ainsi, N. Bobbio affirme que «ce n'est pas par hasard qu'un théoricien du droit comme Hart, qui construisit sa théorie sur la base de la constitution anglaise, dans laquelle le degré supérieur des normes constitutionnelles fait défaut, s'arrête à la distinction entre normes primaires et normes secondaires ; il obscurcit, sans approfondir, le principe de la structure hiérarchique de l'ordre —de ce point de vue, la théorie de Hart au regard de celle de Kelsen, constitue un recul»¹⁴⁰. Il est vrai que Hart utilise comme exemple principal le système juridique anglais qui ne dispose pas d'une constitution écrite. Pourtant, il ne néglige pas le cas d'un système dont la constitution est une norme positive contenue dans un texte écrit. Il y fait référence lorsqu'il traite du problème de limiter le pouvoir du législateur dans ce type de systèmes : «Dans ce cas, il n'existe pas d'organe législatif qui ne connaîtrait

¹⁴⁰ N. BOBBIO, «Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen», in *Essais de théorie du droit*, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998, p. 220.

aucune limitation juridique, même dans l'interprétation la plus large du terme "corps législatif" ; cependant, le système contient évidemment une règle de reconnaissance ultime et, dans les dispositions de sa Constitution, un critère suprême de validité»¹⁴¹. En conséquence, il est difficile de soutenir que la théorie de Hart ne tienne pas compte du cas des systèmes constitutionnels différents de celui de l'Angleterre, dans la mesure où la règle de reconnaissance pourrait se référer soit à la manière dont les règles sont promulguées dans tel pays («ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit»), soit aux critères établis dans une constitution écrite.

Les éclaircissements pour la compréhension des pratiques juridiques

Outre la conception de l'ordre juridique, la théorie de la règle de reconnaissance permet la prise en compte des pratiques qui ont la plus grande influence dans le processus de création des normes du système juridique. Il s'agit, selon Hart, de l'utilisation des critères de la règle de reconnaissance pour identifier de manière définitive les normes qui font partie du système. C'est pourquoi, l'un des avantages de cette théorie est de déterminer le niveau du système juridique où se développent les rapports entre les phénomènes liés aux droits (la promulgation d'une loi, la conclusion d'un contrat, l'acceptation de normes d'un système, l'application effective de sanctions, etc.) et l'ordre juridique comme système de normes. La connexion entre la réalité et le droit atteindrait une cohérence considérable grâce à la théorie de la règle de reconnaissance. Cette

¹⁴¹ CD, p. 134.

norme constituerait le point où le droit perçoit les phénomènes sociaux qui expliqueraient plus clairement le contenu des règles et la forme du système juridique. Elle serait alors la porte qui fait entrer la vie de la société à l'intérieur du système juridique. D'ailleurs, elle confirmerait que le droit est une œuvre d'origine essentiellement sociale.

II. LA «NORME BASIQUE», LA VALIDITE ET L'EXISTENCE DU DROIT

Le troisième sous-titre de cette seconde partie consiste en l'exposé et de l'étude des problèmes que, d'un point de vue de la pratique du droit, impliquent les théories qui expliquent l'existence des ordres juridiques par une norme basique ou fondamentale. Dans le quatrième sous-titre, à partir de la comparaison qui a été faite à la fin de la première partie — entre les théories de Kelsen et de Hart — , on mettra en cause la pertinence et la convenance des telles théories pour expliquer la validité ou plutôt l'existence des systèmes juridiques. De cette manière, on essaiera, en s'appuyant sur les enseignements de cette analyse critique, de construire une autre approche tant d'un point de vue théorique que d'une perspective de la pratique juridique, pour répondre à la question de savoir comment on peut expliquer l'existence d'un système juridique.

1. LES THEORIES DE LA NORME BASIQUE CONFRONTEES A LA REALITE DU DROIT

Après avoir exposé et comparé la théorie de la norme fondamentale et celle de la règle de reconnaissance, plusieurs questions peuvent être posées. Cependant, les problèmes relatifs aux descriptions des phénomènes juridiques que ces théories prétendent donner sont l'objectif principal de cette recherche. C'est ainsi que dans ce sous-titre, l'analyse commencera par révéler les présupposés de la notion traditionnelle de validité. De cette manière, on pourra aborder d'une manière plus convenable et plus fonctionnelle les problèmes que les phénomènes juridiques posent aux théories de la norme basique.

1.1. La notion de validité

Une des notions essentielles et en même temps une des plus complexes dans l'analyse du droit est celle de la validité juridique. Cette importance et cette complexité sont mises en évidence lorsque les théories de la norme basique se posent la question de la validité de cette norme et de celle du système juridique. Le problème devient difficile parce que la signification du concept de validité n'est pas claire. Ainsi, l'appliquer à un type de norme dont le caractère n'est pas non plus évident complique tout. L'objectif de cette section est donc de présenter d'abord les principales significations que le terme validité a reçu, et ensuite, faire

une analyse critique de ces idées sur la validité juridique et de voir comme elles seraient appliquées à la norme fondamentale et à la règle de reconnaissance.

1.1.1. Perspective tridimensionnelle

On a commencé par souligner que le concept de validité juridique souffre d'une ambiguïté profonde. L'évolution de la pensée juridique montre qu'on a donné à ce concept tant de sens qu'il est même possible de s'interroger sur la pertinence de son utilisation. Cette ambiguïté n'a pas seulement de conséquences techniques sur la compréhension formelle du droit, elle est également l'expression de disputes idéologiques aiguës. Ainsi, selon l'idéologie qu'ils défendent, les auteurs proposent un concept de validité dit "objectif", mais qui n'est que la formulation correspondante à leurs intérêts politiques ou à leurs jugements de valeurs. Il n'existe pas d'ambiguïté plus pernicieuse, parce qu'elle ne procède pas seulement de différences doctrinales ou techniques, mais également de différences entre des idéologies qui s'attaquent, et qui en même temps s'influencent. C'est pourquoi les connexions et les relations de la validité avec d'autres concepts juridiques se rapportant, soit à des jugements "scientifiques", soit à des jugements de valeur sont diverses et complexes. Pour parvenir à une vision générale des principaux sens qui ont été proposés pour le concept de validité juridique, une présentation sera faite à partir d'une perspective tridimensionnelle suivant les trois rapports de la règle de droit d'une part, et le système juridique, les autres systèmes normatifs et la réalité sociale qui entourent le droit, d'autre part.

1.1.1.1. Le Concept formel ou normatif

Le concept de validité formel ou normatif fait référence au rapport entre la norme objet d'examen et les autres normes du système juridique. Ce rapport serait constitué par les trois conditions qu'a dû satisfaire une norme pour qu'elle soit considérée comme une norme valide du système. Tout d'abord, la norme a été créée selon la forme et la procédure de création normative établies par l'ordre juridique ; puis, la norme a été édictée par l'autorité compétente définie par l'ordre juridique ; enfin, le contenu de la norme n'est pas contraire au contenu des normes placées à un niveau supérieur dans l'ordre juridique, c'est-à-dire qu'elle ne prévoit pas de comportements contraires à ceux prévus par de telles normes supérieures.

La première et la deuxième conditions peuvent être réunies et appelées conditions strictement formelles de validité de normes, car elles ne se réfèrent qu'aux aspects procéduraux de la création normative. La troisième condition, dans la mesure où elle se réfère au contenu des normes, peut être appelée condition matérielle de validité. Cependant, elle est également une condition normative parce que c'est toujours une autre norme du système juridique lui-même qui définit le contenu de la norme, objet de la question de la validité.

De cette manière, Kelsen définit toujours la validité d'une norme juridique par rapport à une autre norme du système. «Le fondement de validité d'une norme est toujours une norme, ce n'est jamais un fait. Rechercher le fondement de validité d'une norme nous ramène non pas à la réalité, mais à une autre norme dont est

dérivée la première»¹⁴². Hart fait dépendre aussi la validité d'une norme de la satisfaction de certains réquisits établis par une autre norme du système. «Dire qu'une règle donnée est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système»¹⁴³.

1.1.1.2. Le Concept axiologique ou moral

Une norme juridique est valide d'un point de vue axiologique ou moral lorsque son contenu correspond ou ne contredit pas certains postulats d'un ordre de valeurs. Dans ce cas, ce qui importe c'est le rapport entre la norme objet de l'évaluation de la validité et les normes d'autres systèmes normatifs, que ce soit la morale, la justice, le droit naturel, etc. Il s'agit d'un rapport entre les contenus des normes, ce qui permettra de dire que la norme juridique est valide parce qu'elle est juste ou parce que ce qu'elle ordonne est moralement correct ; en d'autres termes, quand la norme est l'objet d'une justification morale, elle sera considérée comme une norme valide d'un point de vue axiologique. Ce sont les théories jusnaturalistes qui proposent un tel concept axiologique de validité. Pour cette école doctrinale, la validité d'une norme ne s'explique ni par son efficacité sociale ni par sa légalité selon l'ordre juridique. Elle ne s'explique que parce qu'elle bénéficie d'une justification morale qui consiste, soit en sa correspondance avec les postulats qui ont été prescrits par une autorité supra humaine (par exemple,

¹⁴² TGDE, p. 165.

¹⁴³ CD, p. 130.

Dieu ou la nature), soit en sa correspondance avec certains principes universels et immuables inscrits profondément dans la raison humaine.

Cette dernière distinction permet d'observer l'existence de deux tendances à l'intérieur du jusnaturalisme. En effet, elle fait référence à l'origine des principes de justice universellement valides : d'une part, le jusnaturalisme théologique, celui de saint Agustin et de saint Thomas d'Aquin, qui soutient que le droit naturel (c'est le nom que Aristote donne aux principes dont nous parlons¹⁴⁴) provient de l'ordre éternel établi par Dieu et qui peut être saisi par la raison humaine¹⁴⁵ ; d'autre part, le jusnaturalisme rationaliste, celui de Kant, qui affirme qu'il existe certains axiomes inhérents à la raison humaine (la «raison pratique»), qui constituent les principes essentiels du droit naturel et qui peuvent être complétés par d'autres

¹⁴⁴ «Par loi j'entends d'une part la loi particulière, de l'autre, la loi commune ; par loi particulière, celle qui pour chaque peuple, a été définie relativement à lui; et cette loi est tantôt non écrite, tantôt écrite; par loi commune, j'entends la loi naturelle. Car il y a une justice et une injustice dont tous les hommes ont comme une divination et dont le sentiment leur est naturel et commun, même quand il n'existe entre eux aucune communication ni aucun contrat; c'est évidemment, par exemple, ce dont parle l'Antigone de Sophocle, quand elle affirme qu'il était juste d'enfreindre la défense et d'ensevelir Polynice; car c'était là un droit naturel : *loi qui n'est ni d'aujourd'hui ni d'hier, qui est éternelle et dont personne ne connaît l'origine*». ARISTOTE, *La Rhétorique*, 1373 b (traduction de M. Dufour, Paris, Belle-Lettres, 1932, p. 130).

¹⁴⁵ «Le droit ne peut pas exister là où il n'existe pas la vraie justice. Ce qui se produit selon le droit se produit, de fait, justement ; ce qui est fait de façon injuste ne peut pas avoir lieu en vertu du droit. La justice est la vertu qui assigne à chacun ce qui lui revient (*justitia porro ea virtus est, quae sua cuique distribuit*). Mais comment en va-t-il maintenant de la justice de l'homme qui soustrait l'homme au vrai dieu et le soumet aux démons impurs ? Est-ce bien là attribuer à chacun le sien ? Ou encore, est-il juste celui qui enlève un fonds à l'acheteur et le transmet à celui qui n'y a aucun droit ? Et celui-là est-il juste qui se soustrait lui-même au Seigneur qui l'a créée se met au service d'esprits méchants ?» SAINT AUGUSTIN, *Cité de Dieu*, IV, 4 (traduction de J. Perret, Paris, Garnier, 1960).

«On a vu que la loi n'est rien d'autre qu'un jugement (*dictamen*) de la raison pratique dans le chef (*princeps*) qui gouverne une communauté parfaite. Mais il est manifeste, si le monde est régi par la loi providence (...) que toute la communauté de l'univers est gouvernée par la raison divine. C'est pourquoi la raison qui gouverne les choses, existant en Dieu comme chef universel, répond à la notion de loi. Et puisque la raison divine ne conçoit rien dans le temps mais a une conception éternelle, comme le dit le livre des *Proverbes* (8, v. 23), il s'ensuit que cette loi doit être dite éternelle». SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, in S. GOYARD-FABRE et R. SEVE, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris : Presses Universitaire de France, 1993, p. 144.

principes qui se déduisent logiquement des premiers. Cela permet de construire des systèmes de droit naturel.

1.1.1.3. Le Concept empiriste ou sociologique

Le rapport ou plutôt la correspondance entre le comportement prévu par la norme et le comportement réel des personnes à qui cette norme s'adresse est l'élément essentiel dans le concept de validité empiriste ou sociologique. Une norme est alors valide d'un tel point de vue si ce qu'elle prescrit est effectivement suivi par les destinataires de cette norme. Il s'agirait donc du droit qui régit la conduite des membres d'une société donnée, c'est-à-dire des normes généralement observées et appliquées. De cette manière, l'obéissance à une norme par ses destinataires serait envisageable à partir de deux perspectives différentes : d'une part, l'obéissance des personnes à qui les normes juridiques s'adressent de façon directe, ce qui peut être appelée obéissance volontaire de la norme ou obéissance de premier degré. D'autre part, l'obéissance des organes ou des autorités chargées d'appliquer les sanctions en cas de transgression ; en d'autres termes, si le destinataire direct de la norme ne suit pas le comportement prévu, une sanction doit être appliquée par ces organes habilités par l'ordre auquel la norme appartient. Cette dernière sorte d'obéissance peut être appelée application de sanctions ou obéissance de deuxième degré. Cependant, ce schéma ne peut s'appliquer qu'aux normes qui prescrivent des obligations ou des interdictions, mais pas aux normes qui attribuent une compétence ou une faculté, surtout une compétence de création normative. Pour cette sorte de normes, le

concept de transgression d'une norme ou d'application d'une sanction n'ont pas de sens. Ainsi, une norme accordant une compétence ne peut pas être obéie ou désobéie ; dans ce cas, il s'agit d'une compétence qui peut être ou ne pas être utilisée, cette dernière éventualité ne constituant pas la condition d'une sanction. En conclusion, trois aspects caractériseraient la validité sociologique d'une norme : d'abord, la validité sociologique, qui est une question de degré, parce que le nombre de personnes qui obéissent peut varier et parce qu'il y a des normes qui permettent une obéissance partielle ; ensuite, ce type de validité est intelligible grâce à deux critères : celui de l'obéissance et celui de l'application d'une sanction en cas de désobéissance ; enfin, selon R. Alexy, il faudrait aussi tenir compte du fait que l'application de la sanction en cas de désobéissance implique l'exercice de la coercition physique, c'est-à-dire de la coercition socialement organisée dans les systèmes juridiques développés¹⁴⁶.

1.1.2. L'insuffisance du concept de validité

La manière dont les théories de la norme basique traitent le problème de la validité de cette norme permet de s'interroger sur la convenance et la pertinence de ce concept lorsqu'il s'agit de décrire une telle norme basique et de concevoir le droit comme un système de normes. Il serait alors possible d'envisager deux options : soit essayer de fondre les trois sens de la validité présentés dans le paragraphe antérieur en un seul concept, soit changer de perspective et chercher à proposer une catégorie différente de celle de la validité.

¹⁴⁶ R. ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (Colección «Estudios Alemanes»), 1^{re} edición, Barcelona : Gedisa, 1995, (Traducción de Jorge M Seña), p. 88.

1.1.2.1. Le caractère partiel de chacune des trois notions de validité

Face aux difficultés qu'impliquent les trois concepts de validité s'ils sont pris séparément, il serait possible de concevoir un concept intégré de validité tenant compte des trois directions abordées. Et ceci parce que le concept formel ou normatif de validité, le concept axiologique ou moral et le concept empiriste ou sociologique ne constitueraient que des fractions d'un ensemble plus général ; en d'autres termes, ces concepts ne seraient que des aspects partiels de la validité juridique en se limitant à une seule notion et en excluant les autres. Des exemples d'un tel choix existent dans les théories juridiques de quelques auteurs. Nous voudrions en présenter trois. En premier lieu, R Alexy considère qu'un concept de validité des règles de droit approprié aux systèmes juridiques développés devrait inclure les trois éléments. Il affirme également que le concept formel ou normatif peut contenir quelques éléments des autres concepts, alors que le concept axiologique et le concept sociologique sont autonomes s'ils sont vus de leurs perspectives respectives. D'une manière spécifique, la notion de validité sociologique indique que pour qu'une norme puisse être formellement valide, il est indispensable d'avoir une efficacité sociale minimale de la norme individuellement considérée et de l'ordre auquel elle appartient. L'efficacité est donc une condition à prendre nécessairement en compte tandis que celle de la norme individuelle dépend de ce qui est prévu par l'ordre pour l'abrogation d'une norme à cause de son inefficacité ou de sa désuétude. La conclusion de cet auteur est que le concept de validité juridique implique toujours des critères formels. De cette façon,

si cette validité juridique inclut des éléments du concept sociologique, il s'agira d'une notion positiviste de la validité juridique ; au contraire, si elle inclut des éléments du concept axiologique, il s'agira d'une notion non-positiviste de la validité.

En deuxième lieu, le concept de validité juridique du juriste italien L. Ferrajoli intègre également les trois concepts. Pour ce faire, il commence par critiquer la conception positiviste (formelle) et réaliste (sociologique) de la validité. Le positivisme a d'une manière erronée identifié le droit valide et le droit «tel qu'il est». Cette identification ne correspond pas aux réalités des États de droit modernes dans lesquels une série de principes ont été formulés par des normes écrites (la plupart des cas dans les textes des constitutions) en rendant positifs plusieurs postulats du droit naturel. Ainsi, selon Ferrajoli, identifier validité et existence juridique, c'est-à-dire la validité et la reconnaissance de certains actes d'édition de normes, n'exprime pas la signification correcte du terme validité tel qu'il est utilisé dans les systèmes juridiques développés parce que ce concept inclut des jugements sur la signification et le contenu des normes valides¹⁴⁷. En ce qui concerne le réalisme, Ferrajoli fait le même type de reproche, mais dans ce cas, l'existence d'actes d'édition n'est pas confondue avec la validité, et c'est la confusion entre validité et efficacité qui est critiquée. Les domaines de l'être et du devoir être sont mélangés et ceci permet de conclure que toute norme efficace est aussi valide, peu importe si le contenu de cette norme correspond aux principes

¹⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma : Ed. Laterza, 1989, pp. 352-353.

fondamentaux du système juridique¹⁴⁸. Ces derniers représentent un processus où le droit naturel devient positif et la *légitimation interne* ou *devoir être juridique* se rapproche de la *légitimation externe* ou *devoir être extra juridique*¹⁴⁹. À partir de là, cet auteur propose de différencier la validité d'une norme et son entrée en vigueur. Cette dernière expression fait référence au concept formel de validité qui a été expliqué plus haut. La validité devient alors un concept plus large qui englobe celui de norme en vigueur, celui d'efficacité générale du système et une évaluation substantielle du contenu de la norme. La validité est ainsi un processus qui part de l'appréciation formelle pour arriver à une observation matérielle de la norme¹⁵⁰.

En troisième lieu, J. Habermas propose une définition du concept de validité qui permettrait de comprendre convenablement la tension existante entre la légitimité et le caractère factuel du droit. Il s'agit de l'opposition entre la validité sociale (qui comprend quelques aspects du concept formel et du concept sociologique) et la validité rationnelle ou communicative (qui serait formée, en partie, par quelques éléments du concept axiologique). À partir de l'analyse de cette opposition, Habermas considère qu'il existe deux dimensions des normes : d'une part, la dimension factuelle se rapportant à l'obéissance réelle des normes, soit en raison d'une habitude, soit en raison de la coercition ; d'autre part, la dimension de légitimité, indépendante de l'application coercitive des normes, et représentée par l'acceptation minimale qu'exige l'existence du droit. Les normes seraient donc

¹⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 355.

¹⁴⁹ *Ob. cit.*, pp. 348-349.

¹⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 353.

légitimes dans la mesure où les destinataires ont le sentiment d'être les auteurs rationnels de ces normes, au moyen d'une procédure de création normative qui exprime un processus argumentatif et consensuel de la raison communicative. «La validité juridique d'une norme — c'est là son sens spécifique — signifie que *les deux aspects* sont garantis : à la fois la légalité du comportement au sens d'une obéissance moyenne de la norme, si nécessaire obtenue de force par des sanctions, et la légitimité de la règle elle-même, rendant à tout moment possible une obéissance à la norme en raison du respect de la loi»¹⁵¹.

1.1.2.2. Le dépassement de la notion de validité

Il est vrai que la validité comprise d'une manière ample permet de mieux comprendre plusieurs phénomènes liés aux normes des systèmes juridiques. C'est une tâche que les concepts formels, axiologique et sociologique ne pourraient pas atteindre chacun de leur côté. Ce concept large de validité peut-il expliquer la situation des normes qui, dans la structure du système juridique, ne trouvent pas une norme sur laquelle s'appuyer pour expliquer leur propre validité ? C'est le cas, dans les systèmes juridiques actuels, de la constitution.

Pour ce faire, il faudrait prendre séparément chaque élément du concept général de validité. Le concept formel bute sur le problème de l'inexistence d'une norme positive au-dessus de la constitution. Ceci explique le recours de Kelsen à la norme fondamentale et de Hart à la règle de reconnaissance. De plus, c'est la

¹⁵¹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes* (trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Paris : Gallimard, 1997, p. 45.

conséquence d'une compréhension dynamique du système juridique où la validité d'une norme individuelle s'explique à travers une autre norme du système. L'élément axiologique du concept large de validité rencontrerait deux types de difficultés : d'une part, il pourrait confondre la justification matérielle et l'existence formelle d'une norme, ce qui se produit régulièrement dans la réalité des systèmes juridiques. Pourtant, il n'est pas très difficile de trouver des normes qui sont considérées comme des normes valides et qui sont en effet appliquées, alors qu'elles sont considérées contraires aux postulats de la morale ou de la justice observés dans la communauté. D'autre part, il est vrai qu'à l'intérieur du système, la validité des normes juridiques ne dépend pas seulement de la satisfaction de certaines conditions formelles, mais de la correspondance de son contenu aux principes placés à un niveau spécial de l'ordre. La plupart de ces principes se situent dans le préambule et même dans le texte de la constitution. Par rapport au contenu de quelle norme peut-on évaluer la validité de la constitution elle-même ? Dans ce cas, il ne reste plus qu'à chercher dans les principes et postulats d'autres ordres normatifs, que ce soit un ensemble d'idéaux politiques, la morale sociale, etc. De cette manière, le concept empiriste ou sociologique serait la seule voie qui permettrait de comprendre la "validité" de la constitution et des normes qui ne trouvent pas leur fondement formel dans d'autres normes du même système. Dans ce cas, le terme "validité" commence à être remplacé par celui d'existence. Les problèmes que pose une telle compréhension sociologique du système juridique par rapport aux théories de la norme basique seront le sujet de la section suivante.

1.2. Le rapport entre les théories de la norme basique et les phénomènes juridiques

L'une des questions qui peuvent être posées aux théories de la norme basique concerne son rapport avec les phénomènes liés au droit comme système juridique. De cette manière, il faut déterminer si les théories qui expliquent la validité de la constitution comme une règle juridique au moyen d'une norme basique répondent aux réalités sociales qui, d'une part, conditionnent et créent le droit et qui, d'autre part, font l'objet d'une réglementation à travers le droit. Pour ce faire, tant la théorie de la norme fondamentale que celle de la règle de reconnaissance seront d'abord observées à partir d'une perspective pragmatique qui met l'accent sur l'analyse des phénomènes juridiques. Puis, le problème de l'existence des règles de droit et du système juridique sera posé.

1.2.1. Les théories de la norme basique sous un angle pragmatique du droit

Le fait d'examiner les théories de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance à partir d'une vision pragmatique, tant du droit comme système de normes que des phénomènes qui se déroulent autour de celui-ci, implique une série de questions d'une complexité considérable. Parmi ces questions, apparaît celle de savoir si les postulats de ces théories écartent nécessairement une approche pragmatique du droit ; en d'autres termes, il faut s'interroger sur le rôle des phénomènes se rapportant aux règles de droit dans les théories de la norme

basique. Cependant, avant d'aborder ce problème, il faut rappeler sommairement les écoles doctrinales qui examinent le droit sous cette perspective.

1.2.1.1. Les écoles doctrinales

L'analyse du droit à travers les phénomènes qui lui sont attachés est une caractéristique méthodologique partagée par plusieurs écoles de la pensée juridique. Ainsi, l'école de la jurisprudence analytique de Bentham et Austin, s'intéresse aux commandements du souverain et à l'habitude d'obéissance de la part des subordonnés comme phénomènes qui expliqueraient le droit. C'est pourquoi la conception du droit de ces auteurs est caractérisée par un volontarisme empiriste. Il y a également quelques démarches de prise en compte des pratiques juridiques dans les conceptions de l'école historique du droit, parce qu'elle partait d'une vision des réalités qui formaient «l'esprit du peuple».

Cependant, ces écoles n'arrivaient pas à assumer complètement cette position pragmatique et recouraient souvent à des concepts éloignés des réalités ; par exemple, dans le cas de la jurisprudence analytique, l'analyse sur la souveraineté, et dans le cas de l'école historique, le concept de l'« esprit du peuple ». Or, le réalisme juridique d'une part, et la sociologie du droit d'autre part, constituent deux tendances qui ont comme fondement essentiel l'analyse pragmatique du droit. C'est pourquoi ils seront considérés comme les deux écoles représentatives d'une telle vision.

Le réalisme juridique

Une classification devenue traditionnelle parmi les auteurs qui font partie de cette école cherche à regrouper l'immense diversité des conceptions du droit : d'un côté, *le réalisme juridique américain* dont l'origine se situe à la fin du XIXe siècle et qui aurait encore une influence considérable, en particulier dans le domaine de la théorie juridique aux États Unis ; de l'autre côté, *le réalisme juridique scandinave*, développé principalement en Suède dès les premières années du XXe siècle¹⁵² et qui a aussi contribué à la connaissance du droit.

«Les prédictions de ce que les tribunaux feront en fait, et rien de plus prétentieux, sont ce que j'entends par le terme "droit"»¹⁵³. Ces deux idées de prédiction et d'activité judiciaire, formulées catégoriquement par le juge O.W. Holmes constituent, malgré les évidentes évolutions, deux des fondements de la conception du droit qui défend le réalisme juridique américain. Il est vrai qu'il y eu une espèce de "banalisation" de ce point sur la prédiction de décisions judiciaires qui néglige le fait que les auteurs de cette école ont essayé de développer une analyse complète sur le droit. Outre Holmes, plusieurs noms sont attachés à cette école, par exemple : K.N. Llewellyn, R. Pound, G.C. Gray, F.S. Cohen, W. Cook, J. Devey. À propos de l'analyse du droit au-delà de la décision judiciaire, ces auteurs ont réalisé de véritables réflexions sur le système juridiques et sur son rôle social.

¹⁵² «Le terme visé sert normalement pour désigner une école de philosophie du droit qui a été dominante dans le pays scandinaves, notamment en Suède, pendant une cinquantaine d'années». S. Stromholm, *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 4.

¹⁵³ O.W. HOLMES, «The path of law», in *Collected Papers*, p. 173.

Par exemple, R. Pound considère que le droit n'est pas exclusivement formé par un ensemble de lois (ici, il critique la conception de Bentham), mais aussi par des préceptes, une technique d'autorité de développement et d'application de ces préceptes et un corps d'idéaux reçus comme fin ou propos de l'ordre juridique¹⁵⁴. K.N. Llewellyn distingue les règles et droits authentiques (*real "rules" and rights*) et les règles et droits écrits (*paper rules and rights*). Cette distinction lui permet de dire que «j'ai affirmé que la direction la plus féconde de la pensée juridique s'est toujours orientée vers la conception du droit comme un appareil (*engine*) (un hétérogène nombre d'appareils) qui ont divers objectifs et qui ne constituent pas de valeurs par eux-mêmes» ; et que la perspective la plus claire des problèmes posés «s'oriente vers une diminution progressive de l'intérêt pour les mots et vers un intérêt croissant pour le comportement observable»¹⁵⁵. Finalement, F.S. Cohen pose ces deux questions auxquelles une vision réaliste du droit doit répondre : que fait le juge dans tel ou tel cas ? que doit-il faire ?¹⁵⁶ Malgré l'objectif d'une étude compréhensive de tous les problèmes juridiques, les questions sur l'activité du juge sont toujours présentes. «Le souci principal des réalistes semble être la justification d'une théorie nouvelle de l'interprétation, du rôle du juge, qui reconnaîtrait à celui-ci, la possibilité de remodeler le droit positif, de le préciser, de

¹⁵⁴ R. POUND, «My philosophy of law», in *The great legal philosophers*, Filadelfia : University of Pennsylvania Press, 1979, pp. 533-534 ; *An introduction to the philosophy of law*, New Haven : Yale university Press, 1924, pp. 15 et s.

¹⁵⁵ K.N. LLEWELLYN, «A realistic jurisprudence : the next step», in *Realism in theory and practice*, Chicago : The University of Chicago Press, 1971, p. 40-41.

¹⁵⁶ F.S. COHEN, «Transcendental Nonsense and the functional approach», in *The legal conscience : selected writings of F.S. Cohen*, Archon Books, 1970, p 45.

l'affiner pour l'adapter au changement incessant, aux situations toujours différents»¹⁵⁷.

Les réalistes scandinaves ont la même tendance que leurs homologues américains parce qu'ils s'intéressent également aux phénomènes liés au droit. Pourtant, ils prennent en compte une conception où les normes sont des éléments importants du système juridique. Ainsi, ils donnent au concept de norme un rôle aussi essentiel que celui du concept de phénomènes juridiques. Selon E. Pattaro, «les réalistes de l'école scandinave, en particulier A. Hagerstrom (1868-1939), K. Olivecrona (1897-1980) et A. Ross (1899-1979), accordent, au contraire, une importance fondamentale à l'idée de norme tant dans le fonctionnement du droit que pour la construction d'une théorie du droit idoine, pour fournir une explication satisfaisante de son objet»¹⁵⁸. Il appelle donc les théories du droit de ces auteurs «réalisme normativiste». Cette école se place alors entre le positivisme normativiste et le réalisme américain : elle emprunte au premier le caractère normativiste de la compréhension de l'objet d'étude et elle partage avec le second l'importance de l'observation des conduites des personnes face au droit.

¹⁵⁷ F. MICHAUT, «Réalisme juridique américain» in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (sous la dir. de J.-A. Arnaud et H.-G. Belley), Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 509.

¹⁵⁸ E. PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna (Italie): Cooperativa Libreria Universitaria, 1985, p 125.

La sociologie du droit

L'expression sociologie du droit se réfère d'abord à une activité de recherche, à une discipline. Mais elle se réfère aussi à une certaine position face à ce qui constitue le droit ; ceci permettrait de l'envisager comme une école doctrinale. Il s'agit d'une discipline lorsque l'on la définit comme la «partie de la sociologie de l'Esprit qui étudie la réalité sociale pleine du droit, en partant de ses expressions sensibles et extérieurement observables, dans des conduites collectives effectives (organisations cristallisées, pratiques coutumières et traditions ou comportements novateurs) et dans la base morphologique (les structures spatiales et la densité démographique des institutions juridiques)»¹⁵⁹. La caractéristique principale de cette discipline est de diriger son attention vers les phénomènes qui se rapportent au droit, sur les comportements effectifs des êtres humains face aux normes. C'est la vision pragmatique du droit par excellence. En outre, la sociologie du droit et surtout les sociologues juridiques, lorsqu'ils prennent position sur l'objet d'étude qu'il faut avoir si l'on veut développer une analyse utile du droit, pourraient être perçus comme formant une école doctrinale, de la même manière dont on conçoit

¹⁵⁹ Gurvich complète sa définition et lui donne une ampleur considérable en affirmant que «La sociologie juridique interprète ces conduites et ces manifestations matérielles du droit, d'après les significations internes qui les inspirent et les pénètrent en passant des symboles, tels que les règles fixées d'avance, le droit organisé, les procédures et les sanctions, aux règles souples et au droit spontané ; de ceux –ci elle passe aux valeurs et aux idées juridiques qu'ils expriment et finalement aux croyances et intellections collectives qui aspirent à ces valeurs et saisissent ces idées et qui se manifestent dans des "faits normatifs" spontanés, sources des sources de la validité, c'est-à-dire de la positivité de tout droit». G. GURVICH, *Éléments de la sociologie juridique*, Paris : Aubier éd. Montaigne, 1940, p.25. Par ailleurs, J. Carbonnier affirme l'existence d'une «sociologie théorique» et même «philosophique» dont les concepts servent de cadre à la sociologie empirique. «La sociologie théorique apporte des hypothèses fondamentales, c'est-à-dire des hypothèses explicatives qui prétendent rendre raison chacune d'un grand nombre de phénomènes juridiques, peut-être même de la totalité de ces phénomènes – le postulat étant que tous pourraient se ramener à l'unité sous une grande hypothèse directrice. C'est dire qu'avec ces grandes hypothèses on est très près de la philosophie du droit, d'une sorte de philosophie de la sociologie juridique.». J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 9.

le réalisme américain lorsqu'il affirme que l'objet du droit est la décision du juge et non pas la norme juridique. C'est ainsi que Ehrlich soutient que «au temps présent, comme à toute autre époque, le centre de gravité du développement du droit ne se situe pas dans la législation non plus que dans la science juridique, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même. »¹⁶⁰.

Par ailleurs, il existe, selon quelques auteurs, une tendance à l'intérieur de la sociologie du droit (vue comme une école doctrinale) qui assumerait une position radicale à propos de la compréhension du droit comme phénomène. Il s'agit du *sociologisme*, terme qui, selon J. Carbonnier, a été «fréquemment employé, non sans une connotation dénigrante, par les historiens de la pensée juridique»¹⁶¹. C'est cette connotation négative que propose P. Amselek en affirmant que «la doctrine sociologiste apparaît comme une métaphysique du droit en ce qu'elle prétend connaître le phénomène juridique sans appréhender les normes juridiques elles-mêmes ou sans exiger de celles-ci une apparence phénoménale»¹⁶².

1.2.1.2. La présence d'éléments pragmatiques dans les théories de la norme basique

L'un des problèmes des théories de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance dans une perspective pragmatique est de déterminer dans quelle

¹⁶⁰ E. EHRLICH, *Grundlegung der soziologie des rechts*, München u. Leipzig, 1913 (cité dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *ob. cit.* p. 566).

¹⁶¹ J. CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, Paris : Presses Universitaire de France, 1978, p. 29.

¹⁶² P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, p. 150.

mesure elles écartent la prise en compte des réalités juridiques, c'est-à-dire des comportements des personnes face aux règles de droit. Pour y répondre, il faudrait étudier séparément la doctrine kelsenienne et la doctrine hartienne.

La conception positiviste de la norme fondamentale de Kelsen à propos des phénomènes juridiques

La théorie de la norme fondamentale de Kelsen ne tient compte d'aucun phénomène pour expliquer l'existence de cette norme. Elle existe indépendamment d'une réalité quelconque dans la mesure où elle est un postulat de la science juridique qui lui permet de prendre le droit comme un objet d'étude objectif, c'est-à-dire sans aucun rapport avec la réalité ou avec les valeurs, mais en se focalisant sur le seul système juridique. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il y ait une séparation totale entre la conception d'une norme fondamentale et les phénomènes qui se déroulent dans la société régie par le système juridique. Deux types de relations apparaissent entre norme fondamentale et la réalité en termes d'efficacité : premièrement, la norme fondamentale se réfère à un acte qui s'est effectivement produit. C'est l'acte établissant la norme positive sur laquelle fondent leur validité toutes les autres normes du système. Ceci explique pourquoi Kelsen propose comme fonction primaire de la norme fondamentale celle de «conférer un pouvoir de création du droit à l'acte du premier législateur et à tous ceux qui se fondent sur ce premier acte»¹⁶³.

¹⁶³ TGDE, p. 170.

Le deuxième type de relation est présenté par Kelsen à travers le lien entre le principe de légitimité et le principe d'efficacité. Le premier dispose qu'une norme ne peut être créée ou éliminée du système juridique qu'au moyen d'une autre norme de ce même système ; le deuxième principe fait dépendre la validité du système juridique où se trouvent plusieurs normes individualisées du fait qu'il soit en général un système efficace. C'est pourquoi «la norme fondamentale ne se rapporte qu'à une constitution qui est effectivement posée par un acte législatif ou par la coutume et qui est efficace. Dire qu'une constitution est efficace, c'est dire que les normes posées conformément à cette constitution sont appliquées et obéies en gros et de façon générale»¹⁶⁴. L'exemple qui démontre cette affirmation est, selon Kelsen, celui d'une révolution où les règles de l'ancien régime ne sont plus efficaces et laissent place à d'autres normes fondées sur une autre norme fondamentale. Ainsi, comme elles ne sont plus efficaces «en gros et de façon générale», elles ne sont pas non plus des normes valides. La conclusion donc est que «le principe de légitimité voit son empire limité par le principe de l'efficacité»¹⁶⁵.

Néanmoins, Kelsen est loin de faire dépendre la validité des normes juridiques de leur efficacité. «Ce fondement de la validité, c'est-à-dire l'élément qui donne la réponse à la question de savoir pourquoi les normes de cet ordre juridique doivent être obéies et appliquées, c'est la norme fondamentale supposée, suivant laquelle on doit se conformer à une Constitution qui est en gros et de façon générale

¹⁶⁴ TP 2^e éd., p. 280.

¹⁶⁵ TP 2^e éd., p. 281.

efficace, et, par voie de conséquence, aux normes qui ont été posées effectivement conformément à cette Constitutionnel qui sont efficaces en gros et de façon générale»¹⁶⁶. D'autre part, il est loin de faire dépendre la norme fondamentale de l'efficacité. Elle ne peut faire référence qu'à un ordre juridique efficace, mais sa validité dépend du fait qu'elle soit supposée lorsqu'il est nécessaire d'interpréter les actes dont la signification subjective est de poser des normes comme des actes dont la signification objective est d'être des normes juridiques obligatoires.

La règle de reconnaissance et les pratiques dans la communauté juridique

Tandis que Kelsen exclut que la supposition de la norme fondamentale soit faite sur des phénomènes exprimant l'efficacité des normes juridiques, Hart les prend comme point de départ pour expliquer l'existence de la règle de reconnaissance. C'est ainsi que cette règle est avant tout constituée par une pratique, une réalité. Dans la mesure où les tribunaux, les organes publics et les particuliers l'utilisent, elle existe tant comme une règle qui explique la validité des autres règles du système que comme une pratique juridique dont l'importance est essentielle pour comprendre le droit. Les relations entre la règle de reconnaissance et la réalité sont renforcées, voire replacées à la base de cette règle. Il ne s'agit pas seulement de la condition de validité du système. Il s'agit, au contraire, de l'existence même de ce dernier. La règle de reconnaissance est une règle dont la caractéristique la plus remarquable est celle d'exister comme une

¹⁶⁶ TP 2^e éd., p. 286.

«pratique complexe». De cette manière, si les phénomènes qui donnent lieu à l'existence de la règle de reconnaissance se produisent effectivement, cette règle existe donc «dans la pratique effective d'un groupe social»¹⁶⁷.

1.2.2. L'existence des règles et du système juridiques

Le problème du comportement des êtres humains compris comme la manifestation définitive de l'existence soit d'une seule norme, soit de tout un système est un problème courant dans les réflexions sur le droit qui sont faites d'un point de vue pragmatique. Ceci permet de percevoir que pour les courants qui suivent une telle démarche analytique, les normes ne sont pas un élément complètement étranger à leurs analyses ; autrement dit, tant pour la sociologie du droit que pour le réalisme, les normes juridiques constitueraient dans une certaine mesure un objet particulier d'étude. La différence se trouve dans la notion qu'ils proposent du terme norme, car il s'agit d'une conception au-delà des conditions formelles qui déterminent sa création. C'est une conception qui cherche dans la réalité, dans les rapports entre les membres de la société, dans la solution des conflits, dans ce que l'on pourrait appeler "l'existence" des normes juridiques. Dans ce paragraphe, le propos est de mettre en vis-à-vis cette vision sur l'existence de normes et celle des théories de la norme basique. De cette manière, l'étude de l'existence spécifique des normes individualisées précédera celle de l'existence de l'ensemble du système juridique.

¹⁶⁷ CD, p. 138.

1.2.2.1 .L'existence des règles de droit individualisées

La signification du terme existence appliqué aux normes juridiques peut prendre deux sens : d'abord, l'existence des normes comme conséquence d'un certain comportement des ceux à qui ces normes s'adressent ; ensuite, l'existence des normes comme catégorie spéciale et indépendante de ce qui arrive dans le monde réel. La deuxième signification sera présentée en premier lieu à travers la notion de validité des normes de Kelsen ; en deuxième lieu, le sens factuel de l'existence des normes sera traité.

La notion d'existence spécifique des règles de droit de la norme fondamentale : la validité

Kelsen place en effet l'existence d'une norme dans la signification de validité et il attribue ainsi un mode d'existence propre aux normes : le mode du *sollen*. C'est celui qui montre que la norme prescrit qu'une chose doit être ou être faite ou qu'une chose ne doit pas être ou ne doit pas être faite. «La validité d'une norme positive n'est autre chose que le mode particulier de son existence. Une norme positive existe quand elle est valable, mais il s'agit d'une existence spéciale, différente de celle des faits naturels, encore qu'elle soit en étroite relation avec de tels faits»¹⁶⁸. On a déjà signalé les caractéristiques de la notion de validité comme existence spécifique des normes dans le sous-titre premier à propos des présupposés de la norme fondamentale et on a également souligné la relation

¹⁶⁸ TP 2^e éd., p. 42.

profonde que Kelsen établit entre cette théorie et son concept de validité¹⁶⁹. Ici, il faudrait remarquer le fait que pour Kelsen, bien que la validité soit une caractéristique particulière de l'existence des normes juridiques, il y a un lien entre cette validité et certains faits réels. Premièrement, la condition pour qu'une norme juridique existe est d'avoir été créée par un acte qui s'est effectivement produit «dans l'espace et dans le temps»¹⁷⁰. La norme juridique est toujours la signification objective d'un acte de volonté humaine. Que cet acte se soit produit est une condition nécessaire pour que la norme soit valide, c'est-à-dire pour qu'elle existe. Deuxièmement, la norme juridique se rapporte également à la réalité dans la mesure où elle vise à diriger certains comportements humains. De cette manière, elle est un instrument de direction de conduites qui vont se produire dans la réalité.

De toute façon, malgré ces deux liens entre la validité d'une norme et la présence de certains phénomènes, cette validité est avant tout la manière particulière dont les normes existent. Ceci est confirmé dans la *Théorie Générale des Normes*, dans la mesure où Kelsen complète la notion de validité des normes (leur existence spécifique) par le caractère idéal de cette validité. «Être valide» dans ce sens spécifique – objectif – signifie : «devoir être observé». Cette «validité» d'une norme est son *existence* spécifique et idéale. Dire qu'une norme «est valide» signifie qu'elle existe. Une norme qui «n'est pas valide» n'est pas une norme parce qu'elle n'est pas une norme existante»¹⁷¹.

¹⁶⁹ *Supra*, p. 25.

¹⁷⁰ *Ob. cit.*, p. 43

¹⁷¹ TGN, p. 35.

L'existence des règles de droit comme un phénomène réel

L'existence des normes juridiques peut être conçue d'une autre manière, complètement différente de celle que nous venons de présenter. Il ne s'agit plus d'une sorte d'existence spéciale attribuée aux normes, mais plutôt d'une façon d'être qui s'approche de celle des autres phénomènes sociaux. C'est ainsi que le réaliste Llewellyn affirme que les règles «authentiques» consistent en les pratiques des tribunaux et plus spécifiquement en les prédictions de ce qu'ils vont faire dans un cas donné¹⁷². Hägerström, d'un point vue également réaliste, a une conception empiriste, psychologique et sociologique de la validité du droit et le définit comme des normes "valides", pour autant qu'elles soient ressenties comme ayant une force obligatoire et qu'elles soient appliquées (particulièrement par les tribunaux)¹⁷³.

Cette existence de type empiriste, factuel ou sociologique¹⁷⁴ est développée par M. Weber. Il considère que l'élément essentiel de cette validité factuelle est l'orientation du comportement sur la base d'un ordre normatif et non pas son strict respect. Il y a donc pour cet auteur plusieurs degrés d'obéissance aux normes. Une autre conséquence est que, pour la sociologie, la validité et la non-validité ne constituent pas les seules alternatives, telles qu'elles sont offertes par la conception traditionnelle du droit. Il existe, au contraire, des niveaux incertains

¹⁷² K.N. LLEWELLYN, «A realistic jurisprudence : the nex step», in *Realism in theory and practice*, Chicago : The University of Chicago Press, 1971, p. 39.

¹⁷³ E. PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna (Italie): Cooperativa Libreria Universitaria, 1985, p. 136-137.

¹⁷⁴ *Supra*, p. 77.

entre les deux extrêmes, tant en ce qui concerne le système en général que les normes juridiques en particulier. D'ailleurs, Weber établit une autre différence entre la validité formelle de la norme et son existence factuelle : selon cette dernière, la conduite conforme à la norme et l'application coercitive de cette norme sont les conséquences d'un certain comportement, alors que pour la première, ces phénomènes sont le résultat du caractère valide de la norme¹⁷⁵.

1.2.2.2. L'existence générale du système juridique

L'existence du droit conçu comme un système peut aussi être entendue à partir de deux perspectives antérieures : soit en formant un concept spécifique référé à la validité du système juridique, soit en considérant certains phénomènes qui se produisent dans la société dans laquelle le système s'applique. Une troisième voie peut être trouvée dans la conception particulière de Hart sur l'existence du système.

L'application du concept positiviste de validité au système juridique

De la même façon que dans le cas des règles individuelles de droit, le concept de validité compris comme l'existence spécifique des normes peut être appliqué au système juridique qui réunit toutes ces normes individuelles. Il s'agit donc de fonder la validité de toutes les normes du système juridique sur une seule norme. Il est évident qu'ici, la démarche est plus difficile, dans la mesure où la complexité du système est prise en compte. La solution proposée par Kelsen part de la

¹⁷⁵ M. WEBER, *Économie et société* (trad. de l'allemand par J. Freund, P. Kamnitzar et P. Bertrand), Paris : Pocket, 1995, tome I, pp. 291 et s.

conception d'un ordre juridique possédant une certaine structure. Dans cette structure et du point de vue du processus de création des normes juridiques, le rôle principal correspond à la constitution parce qu'elle est la norme positive du système juridique qui prévoit l'autorité et la façon dont les normes générales seront créées. Par cette voie, ces dernières détermineront l'autorité et la façon dont les normes particulières seront créées. La structure est donc posée, il fallait alors trouver la norme qui fonde la validité de la constitution. La solution de Kelsen, on le sait déjà, est de supposer une norme fondamentale. «La norme fondamentale est cette norme qui est supposée lorsque l'on reconnaît le caractère objectif de fait créateur de normes, soit à la coutume par laquelle la constitution a été fixée, soit à l'acte constituant fait ou posé consciemment par tels et tels hommes ; ou encore, dans le second cas, lorsque l'on considère l'individu ou assemblée d'individus qui ont établi la Constitution sur laquelle l'ordre juridique repose comme autorité créatrice de normes»¹⁷⁶. Il est patent que cette norme fondamentale permet que la notion de validité positiviste puisse être appliquée au système de la même manière qu'aux normes individuelles. C'est tout l'ordre juridique qui est valide et il est valide parce que la norme qui se trouve au sommet de sa structure, c'est-à-dire la constitution, est valide selon une norme fondamentale dont la validité n'est plus assurée par une autre norme, mais est supposée.

¹⁷⁶ TP 2^e éd., p. 263.

La réponse au positivisme

Dans le cas du système juridique, il est encore plus clair que la validité, comprise comme l'existence spécifique des normes selon ce qui est établi par une autre, n'est pas la seule option existante. En plus, cette évidence devient une réponse à la théorie qui vient d'être exposée. C'est ainsi que A. Ross critique tant le concept général de validité que la solution proposée par Kelsen, une norme fondamentale. Ross soutient qu'il s'agit d'une illusion qui a pour seule fonction celle de fonder la structure irréaliste de la notion de validité au moyen de laquelle Kelsen décrit les systèmes juridiques. Ainsi, selon Ross, il rencontre plusieurs difficultés lorsqu'il essaie de concevoir cette structure de l'ordre juridique en excluant la réalité des phénomènes. Pour cette raison, Kelsen est contraint d'affirmer que la norme fondamentale est choisie de telle façon qu'elle arrive à comprendre le système en vigueur. Cela montre que la norme fondamentale est conditionnée par certains faits sociaux et que l'efficacité est le critère dissimulé du positivisme et non pas la validité. Si la norme fondamentale, dit Ross, doit recourir au système qu'elle prétend expliquer pour pouvoir être cohérente, il existe dans cette théorie de la validité fondée sur une norme fondamentale une description circulaire de la nature du droit. Cela n'arriverait pas si une perspective qui part de l'efficacité est prise pour décrire la structure du système juridique¹⁷⁷. Finalement, Ross fait valoir une notion de validité de caractère réaliste, mais sans négliger le rôle des normes pour la définition du concept de droit. Sur ce point, il suit une tendance à la fois réaliste et normativiste. Par ailleurs, il affirme qu'une théorie

¹⁷⁷ A. ROSS, *On law and justice*, Londres : Stevens & Sons Limited, 1958 (trad. espagnole de G.R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires : Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 68 et 69).

fondée sur une norme basique n'est pas incompatible avec ses postulats empiristes dans la mesure où l'existence de cette norme n'est pas une hypothèse, mais un ensemble complexe de phénomènes sociaux qui sont l'expression de l'utilisation d'une telle norme comme le critère ultime et suprême de validité. De cette manière, Ross finit par rejoindre les idées hartiennes à propos de la règle de reconnaissance.

La conciliation entre positivisme normativiste et empirisme : l'existence du système juridique

Hart accepterait le concept de validité comme existence spécifique des normes s'il s'agissait des normes individuelles du système juridique. Cet auteur n'est pas vraiment très éloigné des doctrines kelseniennes lorsqu'il affirme que «dire qu'une règle donnée est valide, c'est reconnaître qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance et qu'elle constitue ainsi une règle du système»¹⁷⁸. Cependant, si le niveau des normes individuelles est franchi et si celui du système juridique tout entier est atteint, la conception de cet auteur change de manière considérable. Pour Hart, l'existence du système juridique ne peut pas constituer la notion de validité. Le système juridique n'existe pas de la même façon qu'une norme quelconque. L'existence du système juridique dépend de ce qui arrive dans la réalité de la communauté juridique qui est régie par le système. Plus particulièrement, l'existence d'un système juridique dépend de deux phénomènes ou, en termes hartiens, de deux conditions : «D'une part, les règles de conduite qui

¹⁷⁸ CD, p. 130.

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»¹⁷⁹. Il s'agit, selon Hart, de «conditions minimales nécessaires et suffisantes» pour que l'on puisse affirmer l'existence d'un système juridique donné. Pourtant, cet auteur remarque à propos de la première condition, c'est-à-dire les règles du système qui doivent être généralement obéies, qu'il suffirait que les personnes auxquelles les normes s'adressent y obéissent sans les prendre comme modèle de conduite général dans tous leurs comportements habituels ; autrement dit, il suffit d'une simple obéissance aux norme du point de vue externe. De toute façon, la réalité des systèmes juridiques montre que les personnes acceptent leurs normes d'un point de vue interne. Au contraire, en ce qui concerne la deuxième condition, il faut que les autorités qui appliquent les règles secondaires les acceptent du point de vue interne ; en d'autres termes, «comme des modèles communs du comportement qu'elles adoptent dans l'exercice de leurs fonctions»¹⁸⁰. Par conséquent, la théorie juridique de Hart est un exemple de conciliation d'une notion de validité positiviste à l'intérieur du système juridique et d'une notion empiriste ou factuelle de l'existence de ce système juridique comme un ensemble qui réunit les règles de droit dans une structure.

¹⁷⁹ CD, p. 145.

¹⁸⁰ CD, p. 146.

2. L'EXISTENCE DU SYSTEME JURIDIQUE COMME UNE REALITE SOCIALE COMPLEXE

Le dernier sous-titre de l'article a un double propos. D'abord, à partir de l'étude critique de la manière dont les théories de la norme basique abordent les problèmes qui leur sont posés, on fera un bilan en mettant en évidence leurs échecs et leurs réussites. Ensuite, en s'appuyant sur les enseignements acquis, on essaiera d'élaborer une autre approche pour expliquer la validité — ou plutôt l'existence juridique — du système.

2.1. Le bilan des théories de la norme basique

Malgré les réponses que les théories de la norme basique donnent aux problèmes exposés dans le sous-titre précédent, il y aurait quelques questions irrésolues quant à l'amplitude des phénomènes juridiques. Ce sont des questions dont la réponse a été soit abandonnée par ces théories, soit peu satisfaisante à l'égard de quelques auteurs et commentateurs. Il semble également opportun d'établir d'un point de vue positif les apports de la norme fondamentale de Kelsen et de la règle de reconnaissance de Hart.

2.1.1. L'amplitude des phénomènes juridiques face à la norme basique

La norme fondamentale et la règle de reconnaissance rencontrent des difficultés lorsqu'elles essaient d'expliquer les rapports entre la validité des normes et l'existence du système juridique d'un côté et les phénomènes d'obéissance et l'application de ces normes de l'autre. Cependant, il faut les prendre chacune séparément, car la portée de l'influence de la réalité sur le système juridique change s'il s'agit de la première théorie ou de la seconde. Il sera alors possible de tenter une analyse du problème de la pratique liée à la constitution et des correspondances entre la pratique juridique et l'existence des systèmes juridiques.

2.1.1.1. La norme fondamentale et le principe d'efficacité

Dans la théorie pure, le principe de légitimité et le principe d'efficacité sont opposés s'ils s'appliquent aux normes individuelles à l'intérieur du système juridique. Ceci ne supposerait pas beaucoup de difficultés, parce que dans ce niveau, la validité formelle d'une norme, c'est-à-dire le fait d'avoir été créée selon la procédure et l'autorité définies dans une norme supérieure du système, peut être clairement séparée de son efficacité, c'est-à-dire du fait de l'obéissance et de l'application d'une sanction en cas de transgression. Les problèmes n'apparaissent qu'au niveau du système juridique en général. La question est donc de savoir si un ordre juridique inefficace de manière générale, dont la plupart de normes ne sont pas observées par leurs destinataires, peut être caractérisé comme un système valide ayant des normes valides. Pour Kelsen, la question est si pertinente qu'il y

répond en affirmant qu'à ce niveau, le principe de légitimité et le principe d'efficacité se rapprochent. Cependant, les caractéristiques des systèmes juridiques réels obligent Kelsen à poser une exception au principe de légitimité : lorsque l'on traite le problème de la validité de l'ordre tout entier, sa validité ne peut être affirmée que si cet ordre est efficace de façon générale. L'affirmation de Kelsen «le principe de légitimité voit son empire limité par le principe de l'efficacité»¹⁸¹ à propos du système juridique a été déjà évoquée¹⁸².

C'est ainsi que Kelsen explique le lien entre un système juridique qui est en même temps valide et efficace et la norme fondamentale de ce système. Dans la théorie pure, il se demande pourquoi on ne suppose pas la norme fondamentale d'un ordre normatif qui apparaît dans le domaine territorial de validité d'un ordre juridique (il pose l'exemple de «la bande de voleurs» emprunté à Saint Augustin), et pourquoi on suppose, au contraire, la norme fondamentale de cet ordre juridique. «C'est la question décisive», nous dit cet auteur. «On ne la suppose pas, parce que ou plus exactement lorsque cet ordre n'a pas cette efficacité durable à défaut de laquelle on ne suppose pas de norme fondamentale se rapportant à lui et fondant sa validité objective»¹⁸³. La conclusion la plus importante de cette réponse donnée par Kelsen est l'attachement indispensable de la théorie de la norme fondamentale à un ordre juridique efficace de façon générale. La supposition de la norme fondamentale ne peut se faire que si l'on suppose qu'elle

¹⁸¹ TP 2^e éd., p. 281.

¹⁸² *Supra*, p. 98.

¹⁸³ TP 2^e éd., p. 65.

se réfère à un ordre juridique efficace. Trop de suppositions commencent à être avancées. L'élaboration théorique de la norme fondamentale ne peut être développée par Kelsen que sous la condition de faire toujours référence à un système efficace. De cette manière, la validité de la norme fondamentale, son existence spécifique, dépendent d'une supposition faite par le juriste lorsqu'il prétend décrire objectivement le droit comme un ordre constitué par des normes positives ; mais ce juriste doit supposer à son tour que l'ordre juridique auquel la norme fondamentale sert de fondement est en général efficace. C'est cette supposition indirecte dans la série de suppositions de la norme fondamentale qui révèle que la réalité juridique entendue en termes d'efficacité finit par être le point d'appui nécessaire de toute la construction de cette théorie.

A. Ross considère que dans la mesure où la norme fondamentale recourt au système qu'elle prétend expliquer, il y a là une description circulaire qui va du droit aux faits et des faits au droit. Cependant, il n'y aurait même pas cette circularité. La norme fondamentale ne peut dépendre que d'une référence à un système juridique efficace. Envisager d'expliquer la norme fondamentale de l'ancien régime en France ou de la «bande de voleurs» à très peu de sens pour Kelsen comme pour n'importe quel juriste. La théorie de la norme fondamentale bute alors sur la supposition de ces phénomènes et ne peut retourner au système que pour expliquer la validité des autres normes. Mais pour expliquer sa propre nature, il ne lui reste plus qu'à chercher un système juridique efficace qu'elle puisse fonder.

Un représentant de la pensée kelsenienne, N. Bobbio, reconnaît les problèmes que la tension entre le principe de légitimité et le principe d'efficacité implique pour la norme fondamentale. «Si la légitimité dérive de son efficacité il est tout à fait superflu de présupposer qu'une norme accomplit la fonction de norme de légitimation. Elle peut être considérée comme une *elegantia juris*, mais d'une utilité douteuse. S'il n'y a pas lieu de multiplier les entités, la norme fondamentale, qui est l'une entre elles, peut être oubliée sans que la construction n'en souffre. La norme fondamentale aurait eu sa fonction propre si elle avait été en mesure d'éviter l'écueil de toute théorie positiviste du droit, celui de dériver le droit du fait. Mais une théorie comme celle de Kelsen, qui réduit la validité d'un ordre juridique à son efficacité, non seulement n'évite pas cet écueil, mais l'utilise comme solide point d'arrivée»¹⁸⁴. Analyser le système juridique à partir des phénomènes qui expliquent son existence est, en effet, un solide point d'arrivée. Pourtant, Kelsen, dans l'élaboration de la théorie de la norme fondamentale, n'évite pas l'écueil de la dérivation du droit des faits. Ce qu'il prétend en principe, c'est de le surmonter en proposant une séparation totale de ces deux domaines. Or, comme il ne peut pas écarter la validité du système juridique de son efficacité, il «évite» le problème en posant une exception, mais il ne lui donne pas de solution. De toute façon, il y aurait une solution dans la mesure où Kelsen fait dériver la validité de la norme fondamentale de la supposition de son application à un système juridique efficace. Cette solution signifie finalement qu'il existe une norme de l'ordre dont l'existence

¹⁸⁴ N. BOBBIO, «Kelsen et le problème du pouvoir», in *Essais de théorie du droit*, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998, p. 253.

— sa validité — dépend de la réalité de son efficacité, et ceci ne correspond pas aux principes initiaux de la théorie pure.

2.1.1.2. Les pratiques juridiques face à une théorie empirique de la norme basique

Pour ne pas avoir le problème de l'opposition entre validité et efficacité au niveau du système juridique et de la norme basique qui l'explique (dans ce cas, la règle de reconnaissance), Hart développe son analyse à partir du concept d'existence du système et de l'acceptation de la règle de reconnaissance. Il dépasse ainsi le concept de validité dans ce domaine. Selon cet auteur, l'existence d'un système juridique consiste en certains phénomènes d'obéissance et d'admission des normes primaires et secondaires qui le conforment¹⁸⁵. Ainsi, le problème de la validité de la règle de reconnaissance ne se pose pas dans la mesure où, d'une part, elle est le critère de validité du système et il n'est pas cohérent de lui appliquer un critère qu'elle-même établit et qui est dirigé aux autres normes du système, et d'autre part, elle n'est ni valide, ni invalide, mais est une norme dont les critères de validité sont utilisés pour identifier les règles valides à l'intérieur du système. Pour la règle de reconnaissance, le concept de validité est alors complètement abandonné. «Nous n'avons besoin du terme "validité", et nous ne l'utilisons d'habitude, que pour répondre à de questions qui se posent à l'intérieur d'un système de règles, ou une règle doit son statu d'appartenance au système au fait qu'elle satisfait à certains critères fournis par la règle de

¹⁸⁵ *Supra* (ch. 3, sc 1, §2, B, 3).

reconnaissance. Une telle question ne peut se poser en ce qui concerne la validité de la règle de reconnaissance elle-même qui nous fournit ces critères ; elle ne peut être ni valide ni invalide, mais elle est simplement acceptée comme appropriée à un tel usage»¹⁸⁶.

Ce dépassement du concept de validité pour la règle de reconnaissance a comme conséquence principale le caractère factuel de son existence. La règle de reconnaissance existe donc comme une pratique complexe et habituellement concordante des tribunaux, des fonctionnaires et des particuliers qui consiste à identifier les normes du système juridique au moyen des critères de validité de cette règle. Cette définition de la règle de reconnaissance buterait sur deux problèmes. En premier lieu, réduire une règle à une pratique est une démarche qui pourrait être vue comme un recul par rapport à la stricte distinction entre les domaines de l'être et du devoir être élaborée par le positivisme juridique, en particulier par Kelsen. Cependant, Hart ne s'intéresse pas beaucoup à ce problème, car il n'analyse pas la règle de reconnaissance comme l'énoncé normatif «les tribunaux, les fonctionnaires et les particuliers doivent identifier comme règles du système celles qui sont édictées par la Reine et le Parlement conjointement». D'une part, la règle de reconnaissance n'est pas une prescription, comme celle qui contient la norme fondamentale de Kelsen. Elle n'ordonne pas d'obéir aux autorités qui édictent la norme la plus importante de la hiérarchie du système. Il s'agit, au contraire, d'une règle qui sert à identifier les règles

¹⁸⁶ CD, p. 137.

d'obligation du système (les règles primaires) sans être elle-même une règle d'obligation. L'une des caractéristiques de la règle de reconnaissance comme règle secondaire est alors de faire référence aux règles primaires d'obligation. D'autre part, la signification essentielle de cette règle n'est pas d'imposer une obligation quelconque, mais de permettre de déterminer les règles du système en définissant les actes qui ont comme conséquence l'existence des normes juridiques. La règle de reconnaissance ne prescrit pas une obligation, mais détermine certaines conditions qui doivent être remplies par les normes du système. Par conséquent, il n'est pas opportun d'examiner la règle de reconnaissance comme un énoncé normatif du domaine du devoir être parce que si elle est observée de ce point de vue, il serait impossible d'apercevoir son caractère spécifique qui la différencie des autres normes du système. Il est nécessaire de changer de perspective et de la concevoir comme une règle dont l'essence est une pratique complexe d'acceptation et d'utilisation de ses critères de validité.

En deuxième lieu, la pratique qui constitue la règle de reconnaissance est en effet, comme Hart le souligne lui-même, une pratique complexe. On pourrait dire très complexe¹⁸⁷. La question est donc de savoir si dans le déroulement de cette

¹⁸⁷ N. Bobbio également fait allusion à la complexité de la règle de reconnaissance. Cependant, il ne remarque pas la complexité des pratiques que constituent cette règle, mais la complexité des normes spécifiques qui se trouvent à l'intérieur de la règle de reconnaissance. «L'ensemble des critères d'appartenance permettant de distinguer une norme du système (norme valide) d'une norme qui se trouve hors du système constitue justement la catégorie des normes servant à l'identification des normes du système. Il s'agit d'une catégorie plutôt complexe. En première approximation, on peut dire que trois types de normes y appartiennent, au fur et à mesure que l'on va d'un ordre juridique primitif à un ordre juridique évolué : a) ce qu'on appelle les normes sur les sources, c'est-à-dire, les normes qu'indiquent quels sont les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir

pratique complexe apparaît d'une manière générale la représentation d'une telle règle de reconnaissance ; autrement dit, chaque fois que les tribunaux, les fonctionnaires et les particuliers identifient les normes valides du système, envisagent-ils cette règle de reconnaissance qui leur permet de réaliser de tels jugements de validité, utilisent-ils effectivement cette règle comme un modèle de détermination d'autres normes ? Si la règle de reconnaissance est une description correcte de la manière dont les normes d'un système sont identifiées, on pourrait se demander si elle a les mêmes vertus pour décrire les pratiques complexes d'identification des normes. C'est une question à laquelle Hart ne répond pas explicitement. Il se place toujours dans la perspective de l'explication de la règle de reconnaissance et cherche dans certains phénomènes le fondement de son existence. Cependant, il ne se demande pas, du point de vue des faits, si les phénomènes liés au droit font apparaître l'utilisation d'une telle règle, et si, lorsque l'on l'interroge sur la raison de l'application qu'il fait des normes de la constitution, le juge répond « parce que la constitution est une norme du système selon une pratique généralisée qui l'identifie comme telle ». Il est assez difficile de trouver une pratique qui corresponde à l'acceptation et à l'utilisation de la règle de reconnaissance. Dans une société régie par un système juridique moderne, il y a un nombre infini de phénomènes attachés aux normes de ce système :

de produire les normes appartenant au système ; b) les normes qui établissent les limites d'espace et de temps à l'intérieur desquelles on peut considérer que les normes produites par les sources autorisées peuvent appartenir au système (il s'agit de normes sur la validité des lois dans le temps et dans l'espace) ; c) les normes sur l'interprétation et sur l'application des normes considérées comme appartenant au système, sur la base de critères mentionnés aux points a et b. ». Ces trois types de normes sont celles qui déterminent les actes de création juridique (sources du droit), celles sur les limites spatiales et temporelles d'application des normes du système et celles sur l'interprétation des normes du système. N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998, p. 167.

phénomènes d'obéissance, de création d'autres normes, d'application de sanctions, d'attribution de compétences, voire de transgression, de violation préméditée des normes, etc. Pourtant, pouvoir tirer de certains phénomènes d'identification une seule et même règle de reconnaissance qui détermine de manière claire et définitive les normes du système ne semble pas une tâche réalisable. Cela expliquerait l'avertissement de Hart dans lequel il affirme que l'union des règles primaires et secondaires et, par voie de conséquence, la règle de reconnaissance constituent «le centre d'un système juridique»¹⁸⁸. Alors, le problème est que si l'on regarde attentivement les phénomènes d'identification des règles de droit, l'utilisation d'un modèle à la manière d'une règle de reconnaissance n'apparaît pas clairement. Ainsi, le centre est de plus en plus réduit et deviendrait une espèce de noyau essentiel qui laisserait dehors la plupart des réalités de l'identification, de l'acceptation et de l'application des règles de droit.

2.1.1.3. La pratique constitutionnelle comme expression d'une norme basique

Ce problème des phénomènes d'identification des règles valides du système juridique s'exprime nettement si l'attention est mise sur la pratique d'identification de la constitution comme norme juridique, comme la norme juridique la plus importante d'une hiérarchie habituellement acceptée dans les systèmes juridiques actuels. Existe-il de manière générale la représentation d'une règle constituée par une pratique derrière les actes d'identification des normes constitutionnelles

¹⁸⁸ CD, p. 125.

valides ? La question se pose, d'une part, sans chercher à établir une règle toujours présente dans la pratique d'identification et, d'autre part, en remarquant le caractère essentiel que possède cette identification par rapport à l'existence du système juridique. La réalité nous montre qu'il s'agit d'une pratique très complexe (plus complexe encore que Hart ne le laisse entendre), constituée par une immense quantité de faits variés. Les rassembler sous une seule norme basique ayant la simplicité de la règle de reconnaissance telle qu'elle est décrite par Hart semble une démarche forcée qui, finalement, s'éloignerait de la réalité que cette théorie prétend expliquer.

2.1.1.4. La réalité du droit et l'existence des systèmes juridiques

La conclusion la plus remarquable de cette mise en cause de la norme fondamentale et de la règle de reconnaissance vis-à-vis des pratiques d'identification du droit est une vieille constatation qui a été amplement soulignée. Il s'agit de la prise en compte des relations que le droit maintient toujours avec la réalité sociale qui constitue son cadre normal d'évolution. «S'il est vrai que le droit vise à l'établissement d'un ordre stable, qui garantit la sécurité juridique, l'uniformité (l'égalité devant la loi) et la prévisibilité, il ne peut jamais être isolé du contexte social dans lequel il est censé agir»¹⁸⁹. La présence de ce contexte social est encore plus nécessaire si l'objectif est d'expliquer l'existence du droit comme un ensemble de normes constituant un système. Dans ce cas, le concept de

¹⁸⁹ C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 71.

validité serait inapproprié pour expliquer une telle existence et obscurcirait son caractère essentiellement factuel. De la même façon, réunir toutes les pratiques qui constituent l'existence d'un système juridique sous une seule règle établissant un critère simple de validité semble aussi aporétique. Il s'agit alors de constater certains phénomènes qui se produisent à l'intérieur d'une société donnée. C'est une série illimitée des faits qui sont eux mêmes très complexes : l'acceptation des normes, l'obéissance, la critique morale, la transgression, l'utilisation des compétences, l'application des normes, les sanctions, la création normative, etc. Ce sont tous ces faits, et encore d'autres, qui permettent d'affirmer qu'un système juridique existe et que ces normes sont efficaces de manière générale.

2.1.2. Les apports constants

Malgré les observations qui viennent d'être formulées à propos des difficultés rencontrées par les théories de la norme basique, il est indéniable que tant la théorie de la norme fondamentale que la théorie de la règle de reconnaissance, ainsi que les doctrines juridiques à l'intérieur desquelles elles s'élaborent, constituent de véritables avancées pour la compréhension générale du droit. Kelsen et Hart, en concevant ces théories, ont permis d'analyser les normes juridiques à partir de perspectives différentes par rapport à ce qui avait été proposé auparavant. Ce sont ces apports qui seront mis en évidence dans ce paragraphe en examinant chaque théorie l'une après l'autre.

2.1.2.1. La conception systématique du droit selon la théorie de la norme fondamentale

Les apports de la théorie de la norme fondamentale de Kelsen — et en général de la théorie pure — sont évidents parce qu'ils ont eu une grande influence sur la pensée juridique du XX^e siècle, et encore aujourd'hui, ils constituent le point de référence pour une conception positiviste du droit. Il serait possible de les ranger successivement en trois groupes : d'abord la compréhension du droit comme système, ensuite la méthodologie de la pureté et enfin la conception positiviste du droit.

La compréhension du droit comme un système de normes

La théorie pure et la norme fondamentale placée au sommet de la structure juridique kelsenienne sont l'une des réflexions les plus complètes sur le droit pris comme un ensemble de normes qui forment un système où les rapports entre les éléments normatifs sont aussi importants que l'analyse des règles qui constituent l'ordre. Le passage des arbres à la forêt que permet la norme fondamentale est essentiel pour la compréhension systématique du droit¹⁹⁰. N. Bobbio met en évidence cet apport fondamentale de la théorie kelsenienne : «on n'insistera jamais assez sur le fait qu'avec Kelsen, pour la première fois, la théorie du droit s'est définitivement portée vers l'étude de l'ordre juridique dans son ensemble, en

¹⁹⁰ «A la différence de ce qu'on prétend parfois, le droit n'est pas une règle. C'est un ensemble de règles doué d'une unité telle qu'il nous est permis de l'appréhender comme un système. Il est impossible de saisir la nature du droit si nous nous limitons à une règle isolée. Les relations qui unissent les règles particulières d'un ordre juridique sont elles aussi essentielles à la nature du droit. Il faut donner un sens clair aux relations qui constituent l'ordre juridique, alors seulement nous comprendrons pleinement la nature du droit. ». TGDE, p. 55.

considérant comme concept fondamental d'une construction théorique du champ du droit, non plus le concept de norme, mais celui d'ordre entendu comme système de normes»¹⁹¹. Un connaisseur de la théorie juridique de Kelsen en France, S. Goyard-Fabre, souligne également l'évolution que signifie la vision du droit comme système, dans la mesure où cette théorie «apporte une élucidation “scientifique” du concept d’“ordre” juridique. En vidant la notion d'ordre de toute référence métaphysique, en enseignant non pas la bifurcation sémantique mais au contraire la collusion logique de l'*ordo* et de l'*ordinatio*, la science kelsenienne met en évidence le caractère normatif de ce qui est ordre ou hiérarchie»¹⁹². M. Troper, en répondant à certaines critiques de la théorie de la norme fondamentale, affirme pourtant qu'il ne s'agit pas de «la philosophie du droit indépassable de notre temps»¹⁹³. Ceci est incontestable parce qu'une analyse critique du droit doit écarter tout type de vérité absolue. De toutes façons, ce qui semble indépassable, c'est la prise en compte nécessaire du droit au-delà des normes individuelles pour arriver au niveau de l'étude systématique qui permet de mieux l'observer et de le mieux comprendre.

La méthodologie kelsenienne de «pureté» et la norme fondamentale

L'objectif de Kelsen d'une compréhension stricte du droit en écartant les aspects qui n'ont qu'une apparence juridique a été assez critiqué par quelques

¹⁹¹ N. BOBBIO, «Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », in *Essais de théorie du droit*, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998, p. 216.

¹⁹² S. GOYARD-FABRE, «L'idée d'ordre juridique dans la théorie juridique de Kelsen», in *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, Caen : Centre de publications de l'Université de Caen, no. 9, 1986, p. 40.

¹⁹³ *Ob. cit.*, p. 1536.

auteurs¹⁹⁴. Cette méthode de pureté prend deux directions : d'une part, connaître le droit tel qu'il est et non pas tel qu'il doit être. La théorie pure se propose donc «uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire, d'établir qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait être ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique.»¹⁹⁵. D'autre part, la méthode prétend connaître le droit comme un système de normes qui peut être lui-même l'objet d'une connaissance scientifique indépendante de la connaissance des faits qui environnent ce système. La science du droit ne doit pas être confondue avec la psychologie ou la sociologie, de la même façon qu'elle ne doit pas être considérée comme une éthique ou une théorie politique. La distinction entre les règles et les actes qui leurs sont liés est essentielle pour comprendre leur nature propre et leurs caractéristiques normatives¹⁹⁶. Néanmoins, tout cela ne signifie pas que Kelsen nie les relations qui existent entre le droit d'un côté, et la morale juridique et la sociologie du droit de l'autre, comme une première lecture le laisserait croire. Ces dernières disciplines se rapportent «à des objets qui sont assurément en relation étroite avec le droit ; la théorie pure du droit n'ignore pas ni ne songe à nier cette

¹⁹⁴ Par exemple, P. Amselek à propos des actes d'édition des normes qui sont la condition nécessaire pour que l'on puisse parler de normes positives, affirme que Kelsen, grâce à sa méthodologie de pureté, finit par négliger ces éléments centraux pour l'étude des normes juridiques. Il critique la «stricte autolimitation» de la théorie «pure» qui borne les investigations du théoricien du droit aux seuls énoncés des normes juridiques «à l'exclusion de toute autre donnée historique d'ordre psychologique ou sociologique : c'est par l'analyse de ce seul résidu épuré de tout le reste, coupé des actes mêmes qui posent les normes juridiques, coupé des fonctions sociales dans lesquelles ces actes de langage s'inscrivent et de tout le contexte de leur exercice, que Kelsen prétend pouvoir rendre compte de ce qu'est le droit». P. AMSELEK, «Philosophie du droit et théorie des actes de langage», in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris : Presses Universitaire de France, 1986, p. 122.

¹⁹⁵ TP 2^e éd., p. 1.

¹⁹⁶ «Si l'on analyse l'un quelconque des actes ayant un rapport avec le droit, qu'il s'agisse d'une décision parlementaire, d'un acte administratif, d'une sentence judiciaire, d'un contrat ou d'un délit, on doit distinguer deux éléments : d'une part un acte, perceptible par les sens, qui se situe dans l'espace et dans le temps, et d'autre part un sens, une signification spécifique, en quelque sorte inhérente à cet acte. ». TP 1^e éd., p. 44.

relation ; si elle entreprend de délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines , c'est parce qu'elle cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit»¹⁹⁷.

Il est alors possible de comprendre pourquoi Kelsen suit cette démarche méthodologique de pureté qui, d'un point de vue péjoratif, fait penser à une réduction de la connaissance du droit. Il attaque toute la tradition qui, avant la théorie pure, passait très facilement d'une étude "objective" de la règle de droit à des jugements moraux sur son contenu ou à des descriptions de faits plus ou moins rattachés à ces règles. Il faudrait maintenant se demander si cette attitude constitue elle-même une vision du droit fondée sur certains idéaux ou valeurs. La réponse semble être positive car Kelsen assumait cette position pour attaquer les démarches qui, à son époque, prétendaient justifier le droit. Il soutient une vision objective de l'objet d'étude de la "science" juridique, mais ceci reste toujours une justification. Cela ne veut pas dire qu'il soit incorrect de défendre certaines valeurs ou idéaux. C'est un procédé courant. Ce qui importe, c'est d'être conscient de ce fait et de ne pas chercher à l'occulter derrière l'apparence d'une objectivité absolue qui est humainement assez difficile d'atteindre.

¹⁹⁷ TP 2^e éd., p. 2.

La conception positiviste du droit

Cette méthodologie de pureté explique en partie l'une des grandes caractéristiques de la théorie pure et des fonctions que la norme fondamentale y remplit. La doctrine kelsenienne est, sous plusieurs aspects, la continuation d'un positivisme établi il y a longtemps, malgré les reproches que cet auteur fait à la science traditionnelle du droit. De cette manière, G. Timsit affirme que la théorie pure représente le néoclassicisme par rapport aux doctrines classiques du positivisme étatique du XIX^e siècle et dont le représentant le plus célèbre est Carré de Malberg. La théorie de Kelsen, en tant que théorie néoclassique, «reprend donc les thèmes de la période classique et les met en forme nouvelle : c'est le moment de la reconstruction — la pyramide kelsenienne»¹⁹⁸. Le positivisme radical de Kelsen est à l'origine de diverses difficultés lorsqu'il prétend d'une part expliquer les rapports entre le droit et les valeurs qui influencent le contenu des normes juridiques et d'autre part définir l'existence du système juridique indépendamment de la réalité sociale qui serait à la base d'une telle existence. Ce que nous voudrions évoquer ici est l'aspect avantageux du positivisme kelsenien. Pour Kelsen, le droit a une origine éminemment et exclusivement humaine, et plus spécifiquement une origine de caractère social. Les normes du système juridique sont, pour Kelsen, des mécanismes pour diriger la conduite des personnes dans le cadre d'une société donnée. «Kelsen a su jeter une lumière salutaire sur la chose "norme", en démonter la structure d'outil de direction de conduites humaines, c'est-à-dire de modèle de conduite à suivre servant de support au jugement et, par

¹⁹⁸ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris : Presses Universitaire de France, 1991, p. 25.

suite, à l'action des hommes»¹⁹⁹. Dans la mesure où le droit est l'un des aspects de la vie sociale, la science qui l'étudie et qui essaie d'en montrer les caractéristiques est également une science sociale différente des sciences de la nature. «Le droit étant un phénomène social, la science du droit fait partie du groupe des sciences qui étudient la société sous ses divers aspects»²⁰⁰. C'est ainsi que la théorie pure a comme objectif la description d'un phénomène social et le dépassement d'une vision métaphysique du droit.

2.1.2.2. La prise en compte des pratiques juridiques par la règle de reconnaissance

L'importance de la théorie juridique hartienne en générale et de la règle de reconnaissance en particulier dans la pensée juridique de la fin du XX siècle est également considérable. Il est pourtant vrai qu'en France, la doctrine de Hart n'a pas été l'objet d'un grand nombre d'études et critiques, par rapport à la théorie pure. Mais dans les mondes anglo-saxon²⁰¹ et hispanique²⁰², l'influence a été formidable. Trois séries d'apports de la théorie de la règle de reconnaissance peuvent être établis : premièrement, la continuation de la conception positiviste du droit ; deuxièmement, la méthode analytique ; troisièmement, l'examen des pratiques liées au droit.

¹⁹⁹ P. AMSELEK «Observations critiques au tour de la hiérarchie de normes de Kelsen», in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris : Chevalier-Marescq, 1978, p. 5.

²⁰⁰ TP 1^e éd., p. 26.

²⁰¹ R. GAVISON, *Issues in contemporary legal philosophy : the influence of H.L.A. Hart*, Oxford : Clarendon Press, 1992, pp. 1-3.

²⁰² J.R. de PARAMO, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales , 1984 (voir spécialement la préface de G. Peces-Barba, pp. XV-XXV).

La conception positiviste et normativiste du système juridique de Hart

Hart élabore sa théorie de la règle de reconnaissance en s'appuyant sur les bases du positivisme normativiste. Il est vrai qu'il réalise plusieurs critiques profondes de la compréhension positiviste radicale du droit — les observations à propos de la norme fondamentale le montrent bien —, mais cela n'empêche pas de voir que les fondements du système hartien doivent être cherchés dans cette tendance de la pensée juridique. Hart accentue le caractère social du droit que Kelsen avait déjà mis en lumière en proposant comme dernière explication de l'existence du système juridique l'étude d'une série de phénomènes sociaux d'acceptation et d'utilisation des règles de droit. Cependant, il ne tombe pas dans un empirisme extrême comme celui du réalisme américain, car il fait valoir le rôle déterminant des règles dans une réflexion sur le droit. De toutes façons, Hart lui-même s'est gardé de commettre les mêmes erreurs que le positivisme kelsenien, ce qui lui fait dire qu'il adhère à un type spécial de positivisme, un *soft positivism*, surtout en ce qui concerne les rapports entre le système juridique et la réalité sociale.

La méthode analytique et la règle de reconnaissance

La théorie de la règle de reconnaissance est l'un des accomplissements les plus aboutis de la méthode analytique qui caractérise la doctrine hartienne. Elle se construit en effet à partir d'une analyse des éléments des systèmes juridiques réels, tels qu'ils existent, et à partir d'une analyse de l'évolution de ces systèmes telle qu'elle s'est produite, c'est-à-dire de la transformation d'une structure simple

de règles à un système conformé par des règles d'obligation et des règles sur la validité, le changement et l'application de ces règles d'obligation. La théorie juridique de Hart est donc une «théorie analytique du droit», dans la mesure où elle se consacre davantage à «clarifier la structure générale de la pensée juridique»²⁰³. C'est cette méthode qui permet à cet auteur d'avancer dans la recherche des éléments qui expliquent la nature du droit et de rendre plus clair certains concepts utilisés auparavant d'une façon inappropriée, par exemple «l'obscurité qui entoure la notion de "validité" juridique vient à disparaître»²⁰⁴ grâce à l'application de cette méthode.

La règle de reconnaissance comme droit et comme pratique

L'apport le plus remarquable de la règle de reconnaissance à la compréhension du droit comme système de normes serait la prise en compte de la prépondérance de la réalité sociale lors de l'explication de l'existence des systèmes juridiques. C'est ainsi que Hart ne place pas au sommet de sa structure un jugement de valeur sur l'obéissance obligatoire du droit, ou l'habitude d'obéir à un souverain juridiquement illimité, ou une supposition de la science juridique pour saisir objectivement le droit. C'est la réalité sociale entourant le droit qui prend cette place essentielle de la structure du système juridique. C'est seulement l'observation de certains phénomènes liés aux normes du système qui permet d'affirmer l'existence de ce dernier. Par conséquent, chez Hart, le droit ne cesse pas d'être un ordre normatif. Pourtant, il est un ordre normatif mis dans une

²⁰³ CD, p. 9.

²⁰⁴ CD, p. 130.

certaine réalité sociale qui rend possible la compréhension de son existence, de son contenu et de sa forme.

2.2. Au-delà d'une norme basique

Pour essayer une proposition différente à celle des théories de la norme basique, on commencera par se demander sur l'utilité systématique et pratique de mettre une autre norme au-dessus du système juridique pour expliquer la validité de ses normes et l'existence de tout le système. Ensuite, l'exposé de la proposition alternative s'appuiera sur l'examen de certains phénomènes qui permettraient d'expliquer l'existence du système juridique.

2.2.1. La présence d'une autre norme au-dessus de la constitution

La première question qui surgit après ce bilan des théories de la norme basique est de savoir s'il est nécessaire de placer une autre norme au-dessus du système juridique pour fonder la validité et l'unité de ses normes et pour expliquer son existence comme ordre normatif. Pour y répondre, il faudrait d'abord critiquer la présence incontournable d'une norme unique dans ces théories, que ce soit la norme fondamentale ou la règle de reconnaissance ; ensuite, un examen des limites normatives du droit sera effectué.

2.2.1.1. La présence incontournable d'une règle dans les théories de la norme basique

Le propre de ces deux théories est de concevoir la validité de toutes les normes du système juridique en la fondant sur un seul et même élément primordial qui se place au sommet d'une pyramide toujours présente. C'est toujours une seule source, qui ne peut être qu'une norme parce que le droit est compris comme un ordre normatif et l'homogénéité de ses règles ne peut pas être altérée en introduisant un élément différent pour les assembler et pour les comprendre comme règles de droit. Il s'agit d'une "norme" fondamentale, d'une "règle" de reconnaissance, d'un seul et même concept incontournable qui fonde le droit, qui permet de le reconnaître. Il nous donne la clé du système juridique. «Un principe unique se trouve à l'origine du droit. Et c'est l'unicité du principe qui détermine la structure du système juridique et commande la nature de la loi»²⁰⁵. Cette affirmation de G. Timsit, en principe relative à la norme fondamentale kelsenienne, est aisément applicable à la règle de reconnaissance hartienne. Une remise en question de cet état d'unicité et de ce caractère fondamental dans lesquels se trouvent ces deux normes ou règles doit partir de leurs caractéristiques particulières.

La norme fondamentale présumée de Kelsen dépassée par les caractéristiques du système juridique

²⁰⁵ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris : Presses Universitaire de France, 1991, p. 30.

Cette supposition a deux sens : d'une part, une supposition théorique pour comprendre objectivement le droit comme un ordre formé de normes positives, sans recourir à des interprétations "transcendantalistes" ou métaphysiques ; d'autre part, une supposition qui doit toujours être réalisée par rapport à un système juridique efficace, c'est-à-dire une supposition nécessairement liée à une réalité donnée. Ce dernier aspect démontre que les phénomènes ayant un lien avec les normes juridiques ne peuvent pas être abandonnés lorsque l'on arrive à un certain niveau de la réflexion sur le droit. C'est le niveau de la «validité» des normes supérieures à l'intérieur de la structure des systèmes juridiques existants (supérieures, dans le sens où il n'y a pas une autre norme sur le fondement de laquelle ces normes peuvent être valides) ; c'est le niveau de la compréhension de l'ensemble du système juridique ; c'est le niveau où l'on se demande "et qu'est-ce qu'il y a après ?".

Dans son dernier ouvrage, *Théorie générale des normes*, Kelsen insiste sur le premier sens que prend la supposition de la norme fondamentale. Il affirme que si l'on prétend donner une explication positiviste du droit, il faut supposer une norme fondamentale. Kelsen modère cette affirmation en reconnaissant que «la norme fondamentale peut, mais ne doit pas nécessairement, être présupposée»²⁰⁶. Cependant, s'il s'agit de faire une «science du droit», on ne peut que présupposer cette norme. «C'est *seulement si* elle est présupposée que la signification subjective d'un acte de volonté dirigé vers le comportement d'autrui peut aussi être

²⁰⁶ TGN, p. 343.

sa signification objective, c'est-à-dire que ces contenus de signification peuvent être interprétés comme des normes (...) juridiques obligatoires»²⁰⁷. En outre, la norme fondamentale, en tant que supposition nécessaire de la science du droit, est une «fiction véritable»²⁰⁸. La science du droit doit recourir à cette fiction véritable — fiction véritable dans la mesure où, selon Kelsen, elle contredit la réalité et est contradictoire en soi — parce que, tant dans la connaissance générale que dans celle du droit, elle constitue «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 dispose»²⁰⁹. En d'autres termes, le droit, comme objet de la connaissance, n'offre pas les données qui permettraient de se passer d'une telle fiction. Le problème est donc de déterminer si, en effet, le droit, en tant qu'objet de la connaissance, ne contient pas les données qui permettent sa description et sa compréhension sans s'appuyer nécessairement sur des fictions véritables. La réponse se trouverait dans la doctrine même de Kelsen, dans ses fondements de base. Ce qui rend possible l'abandon des fictions et plus particulièrement de la fiction de la norme fondamentale lors de l'explication ultime des systèmes juridiques est le *fait* (non plus la *norme*) que le droit est «un ordre de la conduite humaine»²¹⁰. Kelsen nous dit que «une théorie du droit doit avant tout déterminer la notion de son objet»²¹¹, c'est-à-dire «parvenir à une définition du droit»²¹². Il s'agit, selon cet auteur, «d'établir si les phénomènes sociaux que l'on désigne par ces termes [*droit, recht,*

²⁰⁷ TGN, p. 344.

²⁰⁸ *Supra*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ TGDE, p. 55.

²¹¹ TP 2^e éd., p. 42.

²¹² *Ibidem*.

law, derecho, diritto, etc.] présentent des caractères communs par lesquels on peut les distinguer d'autres phénomènes présentant des similitudes avec eux, et si, d'autre part, ces caractères sont suffisamment importants pour servir comme éléments d'une notion de science sociale.»²¹³. Ces phénomènes sociaux sont alors les éléments essentiels de la définition du droit. Il ne fallait pas, semble-t-il, aller chercher de fictions lorsque l'on s'interroge sur la validité de la constitution. Il est clair qu'une méthodologie de pureté peut pousser à n'examiner que le domaine du devoir être, qui est le domaine du droit, celui des normes juridiques. Pourtant, lorsque l'on se trouve dans les limites du droit, du domaine du devoir être, faudrait-il encore, une fois la limite franchie, chercher un devoir être ? Ne faudrait-il pas plutôt chercher un être lié mais différent du devoir être des normes ? C'est ainsi que le droit offre les données qui permettent d'atteindre le but de la pensée du droit, que ce soit une notion, une explication, une interprétation, etc. Il les offre car qu'il est un ordre social, «un ordre normatif qui règle la conduite humaine en tant qu'elle a rapport à d'autres hommes, directement ou indirectement»²¹⁴. Il faut alors chercher dans ces phénomènes les caractéristiques des normes juridiques, ce qui fait la différence avec les autres ordres normatifs. Ce seraient donc les données que Kelsen n'aurait pas trouvées.

La règle de reconnaissance factuelle dépassée par la pratique du droit

À partir des difficultés rencontrées par la norme fondamentale, Hart s'engage sur la voie que Kelsen avait négligée. Il affirme que le dernier critère de validité du

²¹³ TP 2^e éd., p. 43.

²¹⁴ TP 2^e éd., p.34.

système ne devrait pas être supposé ou postulé si l'on voulait relever son caractère ultime. La règle de reconnaissance est ainsi un élément très particulier du système juridique. Elle est «droit» et elle est «fait». C'est un vrai scandale pour les partisans d'une pureté radicale que même Kelsen n'acceptait pas toujours, comme on vient de le voir. Dans la mesure où elle est dans la limite du droit, la règle de reconnaissance est l'élément qui permet de passer du domaine du droit à celui de la réalité, parce qu'elle est une règle dont l'existence a la forme d'une «pratique complexe, mais habituellement concordante»²¹⁵ laquelle constitue le critère ultime de validité du système juridique. Hart ne recourt plus à une supposition, ni à une fiction. Il assure que la supposition de la validité de la règle de reconnaissance «masque le caractère essentiellement factuel» de cette règle. Hart parvient de cette façon à éliminer les fictions en les remplaçant par une réalité, une pratique des tribunaux, des fonctionnaires et des particuliers qui révèle la manière dont ces personnes utilisent la règle de reconnaissance pour identifier les règles du système juridique.

De toute façon, une proposition d'une règle qui est du droit et qui est factuelle au même temps dérange. Il n'est pas évident qu'une norme puisse avoir ces deux dimensions sans tomber dans une contradiction. C'est la grande critique que fait R. Alexy à la règle de reconnaissance de Hart parce qu'elle franchit la frontière et confond les domaines de l'être et du devoir être. «L'avantage de la théorie kelsenienne de la norme fondamentale réside en ce que ce passage de l'être au

²¹⁵ CD, p. 138.

devoir être ne s'occulte pas derrière les concepts d'acceptation et d'existence d'une pratique, mais il est mis en évidence et traité thématiquement. En dernière instance, une théorie empiriste de la norme fondamentale doit échouer parce qu'elle ne peut pas appréhender d'une manière adéquate le problème principal de toute théorie de la norme fondamentale, c'est-à-dire celui du passage de l'être au devoir être»²¹⁶. La solution que Alexy propose est donc un retour à la norme fondamentale, bien qu'elle soit une présupposition, et malgré son caractère fictif. Les arguments pour ce retour se situent dans la même ligne de ceux de Kelsen, c'est-à-dire la nécessité d'une telle supposition pour pouvoir interpréter objectivement un ordre juridique effectif et obligatoire, et la séparation entre l'être et le devoir être²¹⁷. En plus, Alexy renforce les éléments kantien dans l'élaboration de la théorie de la norme fondamentale et arrive même à affirmer que Kant avait déjà envisagé un type de norme fondamentale qu'il appelle «norme fondamentale normative»²¹⁸ en l'opposant à la «norme fondamentale empiriste»²¹⁹ de Hart.

Il semble alors qu'il faille conserver le caractère juridique du dernier échelon du système, puisque face aux problèmes que pose la "règle-fait" de Hart, il ne resterait plus que la possibilité des présuppositions et des fictions, si une description objective du droit voulait être atteinte. L'alternative d'une règle-fait

²¹⁶ R. ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (Colección «Estudios Alemanes»), 1ª. edición, Barcelona: Gedisa, 1995, (Traducción de Jorge M Seña), p. 122.

²¹⁷ *Ob. cit.*, p. 100.

²¹⁸ Voir *supra*.

²¹⁹ *Ob. cit.*, p. 121 et s.

devrait donc être écartée. Un renouvellement de la pureté serait indispensable et cette règle-fait deviendrait à nouveau du droit inaltérable. Cependant, il serait possible de trouver une autre voie. Le caractère prééminent de la règle de reconnaissance est d'être constituée par une pratique complexe. Ceci serait plus décisif que son caractère normatif, c'est-à-dire l'attribution d'une qualité à l'acte ou aux faits auxquels les critères de validité de la règle de reconnaissance se réfèrent pour identifier les normes valides. Ce qui importe c'est que la règle de reconnaissance en tant qu'elle consiste à une pratique complexe et habituellement concordante, permet la description la plus appropriée du système juridique et des réalités qui l'entourent. Elle est donc une pratique, mais est-elle encore une règle ? Chaque fois que Hart explique les caractéristiques essentielles de la règle de reconnaissance, ce sont les éléments factuels qui sont relevés. Ne s'agirait-il pas plutôt d'une simple pratique, d'une "pratique de reconnaissance" à travers laquelle les normes valides du système sont identifiées ? Il s'agirait donc, plus particulièrement, d'une "pratique de reconnaissance" qui permet d'identifier le dernier critère de validité du système contenu dans une règle de droit, que ce soit une norme écrite ou coutumière. De cette manière, seule une détermination des limites du système juridique permettrait d'établir jusqu'où ce système s'étend pour laisser la place aux phénomènes sociaux qui lui sont liés.

2.2.1.2. Les limites du droit

Pour déterminer de façon exhaustive quelles sont les limites de l'ordre juridique, il faudrait faire une analyse copieuse du droit entendu comme un ensemble de

normes qui constituent un système. Ce n'est pas notre propos de réaliser une telle tâche, qui dépasserait de loin l'objet de notre travail. Ce qui importe ici, c'est de déterminer la manière dont les théories de la norme basique auraient élargi excessivement les limites du droit. De cette manière, elles auraient poussé certains phénomènes à devenir des normes ou des règles d'une façon exorbitante, ce qui conduit à un dédoublement du droit par ces théories. En conséquence, dans un premier temps, on abordera la question des faits qui entourent le système juridique ; ensuite, on passera à celle des normes qui se trouvent à la limite du droit.

Les «faits» qui entourent le système des règles juridiques

Les faits qui entourent le droit, qui sont liées au système juridique et qui constituent la création, l'application, l'interprétation, la transgression, etc. des normes juridiques sont extraordinairement divers et complexes. C'est ainsi qu'une science, la sociologie juridique, les considère comme l'objet essentiel (on dirait exclusif) de sa réflexion et de son travail pratique. Pour ne pas se perdre dans cette immensité, il vaut mieux s'appuyer sur ce que Kelsen appelle les limites d'un «processus d'individualisation ou concrétisation constamment croissantes»²²⁰. Il s'agit de restreindre l'observation, ce qui n'impliquerait pas nécessairement une simplification excessive. Cet auteur commence alors par les normes placées à la

²²⁰ TP 2^e éd., p. 318 : «Pour une analyse qui s'attache à la dynamique du droit, l'édition des normes individuelles par les tribunaux représente une étape intermédiaire du processus qui, commençant avec l'«établissement de la Constitution, conduit, à travers la législation et la coutume, jusqu'aux décisions juridictionnelles, et de celles-ci jusqu'à l'exécution des sanctions. Ce processus dans lequel le droit se crée, pour ainsi dire, lui-même incessamment à nouveau, va du général à l'individuel, de l'abstrait au concret».

base de sa pyramide. Elles sont elles-mêmes posées selon une norme supérieure du système, comme toutes les normes du système kelsenien, à l'exception de la norme fondamentale. Pourtant, elles ne prévoient pas les conditions de création d'une autre norme inférieure (comme les normes qui se trouvent au centre du système), mais font l'objet d'une application directe, ce qui constitue une caractéristique spéciale de ces normes. A ce niveau, le système juridique se termine et un acte concret d'application d'une norme apparaît. C'est cette norme et acte qui, de ce côté du système juridique, en établissent les limites. Les exemples donnés par Kelsen laisseraient croire que les décisions judiciaires qui ordonnent une sanction sont les seules normes objet d'une application directe et qu'elles sont les seules limites inférieures du système. Cependant, il est possible de constater que les normes placées à la tête du système peuvent également être appliquées directement, sans avoir besoin d'une autre norme. Enfin, ce qu'il faut remarquer, c'est que les normes appliquées et les actes d'application de ces normes permettent d'avoir un cas simple où le passage du droit aux phénomènes attachés aux normes juridiques n'est pas difficile à comprendre.

Allons maintenant jusqu'au niveau supérieur du système. Il est "supérieur" dans la mesure où les normes qui y sont placées prévoient les conditions de création des autres normes inférieures, mais dont la création (contrairement à ce qui arrive dans le cas antérieur) n'est pas prévue par une autre norme supérieure. Dans ce cas, Kelsen propose de supposer une norme fondamentale qui n'est pas une norme positive, parce que cela impliquerait une autre norme encore supérieure

selon laquelle la fondamentale serait créée et cesserait ainsi d'être la norme "fondamentale". Il s'agit donc d'une norme «pensée» par la science juridique et d'une «fiction véritable» nécessaire pour l'interprétation objective des normes positives du système juridique. De la même manière, c'est-à-dire après avoir gravi plusieurs échelons du système juridique, Hart propose de placer à ce niveau une règle de reconnaissance dont la validité n'est plus supposée ou pensée. En tant qu'elle est la règle ultime et supérieure du système, se poser la question de sa validité n'a pas de sens, car elle établit elle-même les critères de validité du système qui ne sont applicables qu'aux autres normes à l'intérieur de ce système. La règle de reconnaissance n'est alors ni valide, ni invalide. Elle existe ou n'existe pas. Ceci dépend du fait qu'il y ait dans la communauté une pratique complexe de l'utilisation générale de son critère de validité pour identifier les règles qui y appartiennent.

Il est possible de trouver deux séries de phénomènes liés à la norme basique. Dans la théorie kelsenienne, c'est l'acte de d'établissement de la constitution historiquement première. Pourtant, cet acte se trouve déterminé par la norme fondamentale qui permet d'interpréter la signification subjective de cet acte d'établissement de la constitution, comme la signification objective d'une norme juridique obligatoire pour ses destinataires. C'est donc un acte juridique en tant qu'il reçoit ce caractère de la norme fondamentale. D'autre part, dans la théorie hartienne, on trouve certaines pratiques qui ne sont plus déterminées par une norme juridique, mais qui auraient un caractère juridique parce qu'elles constituent

l'existence du critère de validité ultime et supérieur du système. Il n'y a plus de norme au-dessus de telles pratiques. Les normes se trouvent en dessous en tant que la règle de reconnaissance dépend de ce qu'elle est effectivement utilisée comme le critère ultime et supérieur du système.

Contrairement à ce qui arrive dans le cas de l'application d'une norme "inférieure", à ce niveau où il n'y a plus de normes pour fonder la validité de la norme, la détermination des limites du système est plus difficile et compliqué. Cette difficulté résiderait dans le fait qu'il s'agit de normes essentielles du système juridique, soit d'un point de vue structurel, soit d'un point de vue politique, soit d'un point de vue justificatif. Faut-il nécessairement doubler l'ordre normatif, c'est-à-dire placer une autre norme non-positive au-dessus du système pour donner une explication de la validité de ses normes ? La raison de cette question est le trait commun de la théorie de la norme fondamentale et celle de la règle de reconnaissance qui consiste à toujours placer une autre norme non-positive, que ce soit une norme supposée ou de caractère factuelle.

Dans la plupart des ordres juridiques actuels, dans la mesure où ils sont conçus comme des systèmes structurés et hiérarchisés, le problème de l'identification de la dernière règle du système qui n'est plus posée selon une autre norme positive fait référence à la constitution. Il est vrai que ce n'est pas le seul cas possible, mais c'est le plus commun, au moins parmi les systèmes juridiques occidentaux. De cette manière, la norme fondamentale de Kelsen et la règle de reconnaissance de

Hart se réfère à la constitution comme la dernière norme positive du système. La question sur laquelle on insiste est celle de savoir pourquoi toujours créer une autre norme, pourquoi toujours doubler le système normatif. Ceci est encore plus difficile à comprendre si la tâche de la “science juridique” est «uniquement et exclusivement [celle] de connaître son objet, c’est-à-dire d’établir ce qu’est le droit et comme il est»²²¹ ; en d’autres termes, la tâche de se consacrer «davantage à clarifier la structure générale de la pensée juridique, qu’à critiquer le droit ou à faire de la politique juridique»²²². On pourrait ainsi essayer de s’arrêter à la constitution sans poser une norme non-positive au-dessus de celle-ci, puis, en tenant compte des caractères spéciaux de la norme constitutionnelle, examiner les phénomènes qui nous permettent de l’identifier comme une norme juridique.

La constitution comme première règle de droit du système juridique

Une observation des systèmes juridiques existants permet d’affirmer que la constitution s’occupe une place spéciale²²³. Elle est une norme qui a été l’objet d’un acte d’établissement d’une autorité juridique — le constituant — sans être prévue par une autre norme encore supérieure du même système. Il s’agit du cas

²²¹ TP 2^e éd., p. 1.

²²² CD, p. 9.

²²³ N. Bobbio a souligné cette situation spéciale de la constitution par rapport aux systèmes juridiques modernes. «La construction de l’ordre juridique comme édifice à plusieurs degrés, comme système hiérarchisé de plusieurs niveaux normatif, naît de l’observation de la nature complexe de l’organisation de l’Etat constitutionnel moderne. Elle naît en particulier de l’idée, apparue peu après de la première guerre mondiale, de la valeur éthico-politique des constitutions rigides, dans lesquelles la distinction entre lois ordinaires et lois constitutionnelles, dont la conséquence est la subordination hiérarchique des premières aux secondes, introduit un degré de plus dans le système hiérarchique, et rend la forme pyramidale de l’ordre plus immédiatement visible». N. BOBBIO, «Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen», in *Essais de théorie du droit*, (trad. de l’italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998, p. 220.

que Kelsen appelle «la constitution historiquement première»²²⁴, c'est-à-dire «d'une constitution qui n'est pas née par la voie de modification constitutionnelle d'une constitution précédente»²²⁵. C'est le cas où la constitution ne trouve pas une norme supérieure, soit parce qu'elle signifie la fin de l'ordre précédent et le commencement d'un nouveau (elle serait issue d'une révolution, d'un coup d'État, d'un changement irrégulier de la constitution antérieure, etc.), soit parce qu'elle est la première constitution dans le territoire et dans la communauté dans lesquelles elle s'applique (à l'issue de l'état de nature ?). Si l'on ne prend en compte que les normes effectivement posées par une autorité humaine et si l'on laisse de côté d'autres types de postulats ou de principes sur le caractère juridique desquels il est possible de discuter, la constitution apparaît comme la règle de droit qui déclenche tout le système juridique, comme la limite dans ce côté du système²²⁶.

Le choix de placer une norme non-positive au-dessus de la constitution a été examiné et a fait l'objet de quelques observations. En outre, il y aurait également la possibilité de fixer la limite du système juridique dans la constitution et de ne plus poser de normes fondamentales ou de règles de reconnaissance. Elle pourrait être entendue comme le résultat d'une progression qui commence par la théorie kelsenienne de la norme fondamentale supposée et qui est possible grâce à l'élaboration de la théorie hartienne de la règle de reconnaissance factuelle. C'est

²²⁴ TP 2^e éd., p. 265.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ L'idée de systématisme qu'une telle vision de la constitution à la tête du système juridique implique est considérée par S. Rials comme une réalité que la raison prend en compte. S. RIALS, «Supraconstitutionnalité et systématisme du droit», in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris : Sirey, tome 31, 1986, p 71.

surtout et avant tout, une possibilité, ou encore mieux le commencement d'une possibilité que plusieurs auteurs, on l'a déjà vu, ont déjà envisagé et proposé dans les critiques qu'ils développent à l'encontre des théories de la norme basique. Par ailleurs, il est clair que l'un des grands avantages des théories de Kelsen et de Hart est de rendre plus compréhensible la complexité du système juridique, ce qui permet d'autres types d'essais et d'approches à partir de ces théories.

Si la norme fondamentale et la règle de reconnaissance ne sont plus placées au-dessus du système juridique, la question est alors de savoir ce qu'il y a après la constitution, et surtout ce qui explique que la constitution soit elle-même une norme juridique. Ici se placeraient immédiatement les pratiques que Kelsen fait dépendre de la norme fondamentale, et que Hart utilise pour expliquer l'existence de la règle de reconnaissance. Pourtant, il n'y a plus de règles positives, car le système juridique se termine, et là se trouveraient l'acte d'établissement de la constitution et les actes d'acceptation et d'utilisation des critères de validité ultimes du système juridique. Ces derniers critères ne seraient plus déterminés par une norme fondamentale ou une règle de reconnaissance, mais par la constitution elle-même. Les normes du système juridique seraient donc valides si elles remplissent les conditions établies par la constitution pour identifier les règles du système.

Néanmoins, la célèbre question sur la validité de la constitution apparaît. Une question qui se pose assez souvent lorsque l'on développe ce type d'analyse sur la validité des normes en gravissant les échelons du système juridique. La réponse

la plus courante serait celle qui fait référence à un autre ordre normatif. Ainsi, une personne pourrait répondre que la constitution est valide parce qu'elle est juste, parce qu'elle est politiquement correcte, etc. Il s'agit même d'une réponse qu'un nombre important d'avocats et juristes pourrait donner. Enfin, il serait possible de trouver quelques "spécialistes" qui diront que la constitution est valide parce qu'une autre norme lui donne ce caractère. On insistera de façon obstinée sur la raison de la validité de cette dernière norme et ils répondront qu'il faut supposer sa validité et qu'il faut aussi lire la théorie pure de Kelsen pour le comprendre. De plus, il y aurait d'autres "spécialistes" qui diront que cette norme n'est pas une norme supposée, mais qu'elle est une pratique générale dont les critères de validité sont utilisés pour identifier les règles valides du système.

Dans cette série de réponses à la question de la validité de la constitution, on n'a pas encore exposé celle qui suggérerait — sans venir nécessairement d'un expert sur ce type de questions — que la constitution est valide parce que tout le monde l'accepte, pour une raison ou pour une autre, et parce qu'elle est appliquée par les autorités que la constitution elle-même prévoit. C'est cette dernière réponse qui nous intéresse parce qu'elle montre qu'il est possible de s'arrêter à la constitution elle-même et d'expliquer sa "validité" par rapport à certains phénomènes liés à son acceptation et à son application. Si l'on prend cette voie, continuer à utiliser le concept de validité ne semble pas être convenant, dans la mesure où validité signifie, dans un sens strict, le fait qu'une norme a été créée, édicté ou promulguée selon une autre norme. C'est pourquoi P. Amselek restreint

le concept de «droit valable» en affirmant qu'il se réfère au droit «valablement posé, édicté conformément à d'autres normes» et en soulignant aussi que «le droit posé peut être non valable, mais en vigueur (tel est le cas des actes juridiques originaires ; ou encore des actes juridiques irréguliers, insusceptibles, pour une raison ou pour une autre, d'être annulés ou d'être tenus pour nuls)»²²⁷.

Les réponses à la question sur la validité de la constitution peuvent être réunies dans trois groupes : d'abord, les réponses qui font référence à d'autres ordres normatifs différents du droit ; ensuite, celles qui placent une autre norme non-positive qui explique la validité de la constitution ; enfin, celles qui font référence à certains phénomènes. Dans ce dernier cas, la juridicité de la constitution s'explique en tant qu'elle existe comme norme grâce à la présence de ces phénomènes, en tant qu'elle est aussi une norme juridique qui partagerait en partie les caractéristiques des autres normes du système, mais surtout en tant qu'elle est une norme dont la juridicité s'explique par son lien essentiel au système juridique tout entier. Si cette dernière option est prise, il faut donc commencer à expliquer quelles réalités permettent de comprendre la constitution comme norme juridique. C'est le propos du paragraphe suivant de commencer à établir quels sont ces phénomènes et quelles sont leurs principales caractéristiques.

²²⁷ P. AMSELEK, «Kelsen et les contradictions du positivisme juridique» in *Revue internationale de philosophie (Société belge de philosophie)*, Wetteren : Universa, 1981, no. 138, fasc. 4, p. 473.

2.2.2. Les phénomènes normatifs constitutionnels

L'objectif du terme «phénomènes normatifs constitutionnels» est de désigner toute une série de réalités qui permettent de concevoir la constitution comme une norme juridique. Il s'agit de phénomènes très divers et très complexes qui se produisent à l'intérieur d'une société donnée et qui constituent des réalités quotidiennes d'établissement, d'acceptation, d'application et d'obéissance des règles constitutionnelles. Un essai de compréhension de ces réalités pourrait avoir comme point de départ un classement chronologique. Ainsi, il faudrait commencer par les actes d'instauration de la constitution ; en d'autres termes, la naissance de cette norme et du système juridique qui est bâti sur elle (on pourrait penser même à la mort de la constitution précédente). Ensuite, on trouverait tous les phénomènes de continuité et de développement de la constitution comme norme juridique. De toute façon, ces réalités sont si complexes que les actes d'instauration et les pratiques de continuité peuvent se confondre. Pourtant, on essaiera de présenter sommairement ces deux temps de l'existence des phénomènes qui expliqueraient en partie le caractère normatif et juridique de la constitution pour se concentrer, par la suite, sur l'une des plus importantes pratiques par rapport à cette norme : l'application de la constitution comme norme juridique.

2.2.2.1. L'instauration de la constitution et sa continuité juridique

Deux temps de l'existence des phénomènes liés à la constitution ont été distingués : d'une part, l'établissement de la constitution par certains actes de certaines autorités ; d'autre part, les pratiques qui signifient une continuité, une permanence de la constitution à la tête du système juridique. Dans un premier temps, l'intervention des autorités qui établissent la constitution est essentielle, mais immédiatement après apparaît l'activité des destinataires de cette norme. C'est ce que A. Hägerström (selon E. Pattaro²²⁸) entendait comme les deux conditions pour l'existence de la constitution : la première, qui est la condition centrale, consiste en ce que les pouvoirs supérieurs, déterminés par la constitution elle-même, appliquent effectivement les normes relatives à leurs compétences et qui leur imposent des limites ; la deuxième consiste en ce que les citoyens ont le sentiment d'être obligés par les normes de cette constitution. De cette manière, les actions des destinateurs comme des destinataires influencent le déroulement des deux temps et constituent grosso modo les phénomènes normatifs constitutionnels.

L'acceptation de la constitution par le constituant

L'acte initial, le premier pas vers l'établissement de la constitution comme norme juridique est l'acte de son instauration. Il est possible de trouver des exemples clairs d'actes d'instauration de la constitution, comme son édicition par

²²⁸ E. PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna (Italie): Cooperativa Libreria Universitaria, 1985, p. 136.

une assemblée constituante, son approbation à la suite d'un référendum, les «mesures exceptionnelles» prises après un coup d'état, etc. Mais il y a également des cas où les actes d'instauration sont difficiles à distinguer, soit parce que les faits se sont déroulés confusément, soit parce que ce sont des événements lointains, soit parce qu'il s'agit d'une pratique coutumière ancienne et complexe. Pourtant, le trait caractéristique de tous les exemples possibles est la présence de certains faits qui ont comme conséquence l'existence d'une norme juridique constitutionnelle, et plus spécialement, mais non pas nécessairement, la présence d'une autorité d'édiction de la norme constitutionnelle. À propos de ces autorités d'édiction, il y aurait une condition essentielle, voir nécessaire, pour que la constitution soit instaurée et puisse avoir une stabilité minimale. Il faudrait que les autorités acceptent la norme constitutionnelle d'une manière intense. Si la terminologie de Hart est employée, il faudrait que les autorités d'édiction de la constitution l'acceptent du point de vue interne, mais un point de vue interne très "intérieur", complet, voir absolu. Il s'agit d'une condition pratique, nécessaire dans une perspective factuelle. Si une telle acceptation ne se produisait pas, il serait très difficile d'envisager une existence stable et durable de la constitution édictée.

En ce qui concerne les autorités qui établissent la constitution, c'est-à-dire le constituant, la question de son caractère d'autorité juridique se pose assez souvent. En d'autres termes, on se demande comment le constituant peut être une autorité juridique s'il n'existe pas une norme qui lui attribue ce caractère. Cela explique en partie l'élaboration de la théorie de la norme fondamentale par Kelsen,

car il est nécessaire de supposer une norme qui fonde la compétence du constituant pour créer des normes valides. Le propos est pourtant celui de ne plus poser de normes au-delà des normes positives du système juridique. Alors, comment expliquer la compétence du constituant ? Si le recours à d'autres ordres normatifs est rejeté, la seule possibilité qui reste est celle de fonder la compétence de cette autorité dans la norme constitutionnelle elle-même. Il s'agit d'un cas très particulier, car le constituant n'existe comme autorité juridique que par rapport à la constitution. Il est très difficile de concevoir le constituant totalement écarté de la norme qu'il édicte. Dans le cas de la constitution, le lien entre l'autorité qui l'édicte et la norme édictée est le plus profond qui soit. Ceci permet de constater que dans les autres niveaux, ce lien existe également. Il est possible de fonder la compétence du législateur sur la norme constitutionnelle qui la lui attribue ; mais concevoir un législateur comme un simple organe compétent qui ne promulgue jamais une norme générale est peu fécond. De la même façon, le cas d'un juge compétent qui ne prononce jamais de décisions ne semble pas non plus être très sensé. Le constituant est donc une autorité juridique dans la mesure où il établit effectivement la constitution et où il l'accepte comme une norme juridique. Si, dans les autres niveaux de l'ordre, séparer l'acte d'édiction, l'autorité qui le réalise, et la norme édictée est déjà quelque chose qui implique des malentendus, le faire au niveau de la constitution est une démarche qui n'a pas beaucoup de sens.

L'acceptation de la constitution par les destinataires

L'acceptation et l'application de la constitution par ses créateurs, par le constituant sont très importantes, mais ce n'est pas suffisant. Deux autres phénomènes s'ajoutent à l'acte d'instauration de la constitution. Il s'agit de deux séries de faits qui ne font plus référence aux auteurs de la norme constitutionnelle, mais aux destinataires, aux personnes auxquelles la constitution s'adresse comme norme juridique. En premier lieu, cette norme s'adresse à certaines autorités qui obtiennent leurs compétences juridiques de la constitution elle-même et qui effectivement en font usage. Ce sont les autorités ou pouvoirs «constitués». Il s'agit des autorités qui reçoivent de la constitution la faculté d'édicter les normes générales du système juridique. L'exemple le plus remarquable est celui du législateur dans les systèmes actuels. Pourtant, dans ces mêmes systèmes, cette compétence n'est pas seulement attribuée au législateur (que ce soit le Parlement, l'assemblée législative, ou même un «comité de sages» ou une «cellule de crise»). Elle peut être également attribuée à des fonctionnaires de l'administration et même aux juges, lorsqu'ils peuvent poser la norme qu'ils vont appliquer au cas concret. Ce qui importe ici, c'est de souligner, comme Hart l'a très clairement expliqué²²⁹, que l'acceptation des normes de la constitution et du système juridique par ces autorités a comme caractéristique principale celle de rendre ces normes des modèles de conduite permanents pour l'activité officielle et quotidienne de l'exercice des pouvoirs et de l'accomplissement des devoirs. Si les autorités n'acceptent pas les normes du système juridique, et en particulier les normes

²²⁹ *Supra.* CD, p. 146.

relatives à leurs compétences et leurs obligations d'un «point de vue interne», il serait très difficile de concevoir la stabilité de ce système.

L'acceptation de la constitution par le constituant et celle de la constitution et des autres normes du système par les autorités constitués (une acceptation aussi importante que celle du constituant, comme on vient de le voir) sont des phénomènes très importants, mais ils ne sont pas suffisants. Une vision réductrice des réalités qui entourent les systèmes juridiques affirmerait catégoriquement qu'il suffit de l'acceptation des autorités pour que le système existe, pour qu'il soit obligatoire et surtout pour qu'il soit efficace. C'est la doctrine du fondement du droit sur le pouvoir. C'est aussi la doctrine du positivisme étatique qui ne voit du droit que dans l'activité des pouvoirs publics étatiques. Il est vrai que l'acceptation par les autorités est très importante, elle est essentielle, mais elle n'est pas tout. Une telle perspective a été l'origine de plusieurs équivoques dans l'évolution de la pensée juridique parce qu'elle n'observe qu'une partie du droit et des réalités qui lui sont attachées ; il est vrai qu'elle en observe une partie très importante. En outre, il convient de considérer l'acceptation des normes par le reste des membres de la communauté, l'acceptation par les personnes qui ne sont pas l'objet de compétences juridiques générales, mais qui pourraient exercer des facultés concrètes de création normative. Il s'agit des particuliers, des «citoyens», des personnes privées, qui constituent le gros des destinataires des normes juridiques du système. Hart considère qu'il suffirait qu'ils acceptent les règles du système du «point de vue externe» pour que le système puisse exister (à la condition d'une

acceptation du point de vue interne des autorités). Cependant, cet auteur affirme également que dans la plupart des cas, il existe une acceptation des normes du point de vue interne de la part des particuliers, et que ceci est aussi très important pour la stabilité du système²³⁰. L'histoire nous offre des exemples de régimes «autoritaires» où la plupart des personnes étaient exclues du processus de création normative. Pourtant, il serait possible de trouver une acceptation plus ou moins importante des normes par une partie influente (influente politiquement, culturellement, économiquement) de la population. Dans ce cas, le nombre de ceux qui acceptent doit être confronté aux qualités des personnes qui le font et à la manière dont elles le font. De tous les phénomènes d'acceptation et d'application des normes, c'est le plus complexe, le plus difficile à saisir²³¹. Peut-être cela explique-t-il le fait qu'il ait été constamment négligé lors de l'analyse du droit.

2.2.2.2 L'application de la constitution comme norme juridique

L'application de la constitution comme norme juridique mérite une analyse à part, parce qu'elle constitue la pratique la plus évidente de l'existence quotidienne de cette norme²³². De plus, son application est profondément liée à d'autres

²³⁰ CD, p. 145.

²³¹ «N'oublions pas qu'à défaut d'un consensus suffisant, non seulement les règles juridiques, mais aussi les autorités qui les établissent ou les modifient, les interprètent et les appliquent, risquent d'être contestées. Les techniques d'assouplissement des règles, inventées par les juristes, visent à rendre supportables les dispositions juridiques qui, sans elles, risquent de provoquer des réactions violentes à l'égard des responsables». C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 74.

²³² «C'est cette interprétation, avec toute la problématique qu'elle comporte, qui est dans nos relations intersubjectives, l'acte fondamental par lequel nous appréhendons indirectement les règles qu'autrui nous adresse, l'acte dont dépend la consistance même qu'elles vont prendre dans notre propre esprit. De là, notamment, l'importance que revêt en pratique l'interprétation des normes juridiques et le rôle considérable que revient aux divers organes d'interprétation, depuis les simples citoyens jusqu'aux organes officiels d'interprétation comme l'administration ou les tribunaux. L'interprétation n'est pas du tout un acte secondaire

phénomènes normatifs constitutionnels, en particulier à l'acceptation de la constitution comme modèle de conduite officielle et à l'utilisation de ses critères de validité pour identifier les normes du système. De cette manière, quelques observations sur la constitution comme norme applicable précéderont une référence aux principaux protagonistes de cette application.

La constitution comme norme applicable

L'application de la constitution, comme toutes les pratiques qui lui sont liées, est une activité intriquée et exercée par diverses personnes à l'intérieur de la communauté juridique. En ce sens, la constitution est «la norme matérielle prise comme base normative justifiant le contenu de la décision»²³³ ; en d'autres termes, dans le processus de création normative qui se déroule dans le système juridique, la constitution détermine directement ou indirectement le contenu des autres normes du système. Par ailleurs, elle est également «la norme procédurale de compétence, qui détermine l'organe habilité à formuler une décision en vigueur»²³⁴. De cette façon, la constitution ne détermine pas seulement le contenu d'autres normes, mais habilite certaines autorités à poser d'autres normes (il s'agit de l'expression la plus claire du caractère dynamique du système juridique kelsenien) en établissant certaines procédures d'édiction de telles normes.

dans nos expériences juridiques, encore moins – comme on le croit trop souvent – un acte dont on pourrait se passer dès lors qu'on serait en présence d'un texte clair - comme si précisément, un texte clair n'était pas déjà un texte interprété. L'interprétation, même si elle reste implicite, sous-jacente et inexprimée, constitue un acte d'entremise essentiel et incontournable : c'est l'acte par lequel chaque acteur à l'expérience juridique constitue dans son esprit ou reconstitue, la norme juridique édictée par les autorités publiques». P. AMSELEK, « Le droit dans les esprits» in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris : Presses Universitaire de France, 1989, p. 38.

²³³ J. WROBLEWSKI , «Application du droit», in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (sous la dir. de A.-J. Arnaud), Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

²³⁴ *Ibidem*.

Ces deux dimensions de la constitution comme norme applicable permettraient d'établir quelques conditions principales d'applicabilité juridique de cette norme. En premier lieu, il faut remarquer le rapport de l'application officielle de la constitution à une acceptation du point de vue interne de la part des autorités qui vont l'appliquer. Ce cas montre ainsi pourquoi ces deux pratiques sont indissociables. En deuxième lieu, s'il s'agissait de la constitution d'un système juridique qui prétend être durable, elle devrait recevoir une application constante. Cette continuité dans l'application consisterait d'une part, en ce qu'elle soit une application sans aucune interruption institutionnelle (le cas contraire signifierait même le changement de constitution et de système juridique) et, d'autre part, en ce qu'elle se produise chaque fois qu'une telle application est prévue par la constitution même ou encore par une autre norme du système (ce qui assez rare). En troisième lieu, l'application de la constitution par les autorités habilitées, dans le cas de détermination matérielle du contenu des autres normes, doit suivre jusqu'à un certain point le texte ou être d'une façon ou d'une autre rattachée au texte. Enfin, pour que la stabilité qu'en principe tout système juridique cherche soit atteinte, il est convenable que l'application de la constitution corresponde d'une manière générale aux valeurs de la communauté régie par ce système, c'est-à-dire qu'elle soit conforme au contenu des normes d'autres ordres normatifs, en particulier ce qu'on a considéré comme la morale juridique, ou si l'on préfère ce que les juristes nomment «le droit naturel»²³⁵.

²³⁵ S. Rials a proposé un très intéressant «abrégé» des principes supraconstitutionnels qui constitueraient l'ensemble de principes dont on parle. S. RIALS, «Supraconstitutionnalité et systématicité du droit», in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris : Sirey, tome 31, 1986, p 69. Cet auteur fait référence aussi à

Les protagonistes de l'application de la constitution

Les personnes qui jouent le premier rôle dans l'application de la constitution peuvent être réunies en trois groupes : d'abord, le protagoniste initial, c'est-à-dire les autorités publiques d'édiction de la constitution. Le rôle du constituant réside principalement dans la détermination matérielle des autres normes du système et des autorités qui vont appliquer la constitution, soit à travers certaines mesures d'application directes, soit à travers la création d'autres normes. C'est pourquoi son activité ne s'étend pas au-delà de l'acte même d'établissement. Ensuite, vient le protagoniste principal, les autorités habilitées par la constitution (les «pouvoirs constitués»). Elles ont le rôle le plus important dans l'application de la constitution comme norme juridique. En plus, il faut remarquer l'importance croissante d'un organe relativement nouveau par rapport au tableau traditionnel des autorités des systèmes juridiques occidentaux. Il s'agit du juge constitutionnel, qui est chargé de la révision de la constitutionnalité des normes promulguées par d'autres autorités (dans la plus part des cas, le législateur). Enfin, le protagoniste secondaire, mais qui n'en est pas moins important, surtout dans des circonstances particulières. Ce sont les personnes privées qui, outre les autorités constituées, sont les destinataires généraux de la constitution et du système juridique. Par ailleurs, le rôle des particuliers dans l'application de la constitution est de plus en plus important dans la mesure où les mécanismes de participation directe dans la création des normes juridiques générales et même de la constitution (par exemple, le référendum, soit législatif, soit constitutionnel) ont une plus grande

la «légitimité constitutionnelle» qui expliquerait ce rapport entre l'application de la constitution et la correspondance au valeurs juridiques de la communauté. *Ob. cit.*, p. 70.

reconnaissance dans les textes constitutionnels actuels. À ceci s'ajoute la formulation des droits fondamentaux dans ces textes constitutionnels et la possibilité de recourir au juge pour exiger une protection.

CONCLUSION

La théorie de la norme fondamentale de Kelsen et celle de la règle de reconnaissance de Hart — que nous appelons ici théories de la norme basique — constituent des analyses sur le droit entendu comme un système complexe de normes. Cela serait leur apport le plus remarquable, si une comparaison est faite avec les doctrines qui avaient essayé auparavant de comprendre le droit à partir de ce point de vue. C'est ainsi que seules ces deux théories parviendraient à une telle conception systématique et tireraient les conséquences les plus fécondes pour la notion du droit qui est finalement le but tant de la théorie pure que de la théorie hartienne. Tout cela explique aussi l'intérêt qu'elles suscitent dans la pensée juridique de la fin du XXe siècle et au début du nouveau millénaire. Il serait possible de dire que ce qui sera développé dans les prochaines années tiendra nécessairement compte des propositions, méthodes, analyses et conclusions de ces deux auteurs. En effet, ceci a déjà été le cas de plusieurs auteurs qui quelques fois sont plutôt vus comme des commentateurs de Kelsen et de Hart, même s'ils s'éloignent de leurs bases positivistes et normativistes.

Le propos principal de ce travail était donc d'étudier les deux théories de la norme basique. Cela explique que la plus grande partie soit consacrée directement ou indirectement à leur élaboration, leur méthode, leurs apports et leurs critiques. C'est ainsi que le premier sous-titre est un effort de présentation et d'analyse. Le deuxième sous-titre essaie d'extraire quelques conclusions de leur comparaison. Le troisième sous-titre prétend confronter ces théories aux problèmes qu'un grand nombre d'auteurs ont mis en lumière. Enfin, le quatrième sous-titre essaie de donner quelques conclusions sur la manière dont les théories de la norme basique répondent à ces critiques et tente de proposer les commencements d'une autre perspective pour comprendre la validité des normes d'un système juridique et l'existence de ce système juridique lui-même.

Une telle proposition ne pourrait alors être élaborée d'une façon totalement indépendante de la théorie de la norme fondamentale et de la théorie de la règle de reconnaissance. En ce qui concerne la première, la vision systématique de l'ordre juridique est la contribution la plus importante ; en ce qui concerne la deuxième, c'est l'analyse des rapports entre la systémativité du droit et les pratiques qui l'entourent. Cependant, en prenant une perspective empiriste — celle qui a inspiré Hart — il serait possible d'expliquer la nature des règles ne dérivant pas d'une autre norme positive, en particulier la constitution, sans recourir à une norme ou à des règles non-positives, mais en cherchant ce qui se produit dans la réalité sociale qui encadre le droit. C'est pourquoi l'on a proposé de ne plus comprendre la constitution à partir du concept de validité, qui serait

essentiellement applicable aux normes du système juridique selon les critères établis par la constitution elle-même. C'est également pourquoi la question de la validité de la constitution a été exposé et à laquelle on ne pourrait répondre que par rapport à d'autres ordres normatifs ou à une autre règle non-positive, comme dans le cas de Kelsen et Hart. C'est pourquoi on a testé une proposition qui, au lieu de la notion de validité, entend la constitution comme une norme juridique qui se rapporte de certaines pratiques qui expliqueraient le fait qu'elle soit conçue ainsi. Il s'agit alors de certains phénomènes, les phénomènes normatifs constitutionnels, d'une énorme diversité et complexité que l'on a prétendu présenter à travers quelques caractéristiques qu'ils possèdent.

Il convient ici de faire deux observations : d'une part, la possibilité de ne plus recourir à une norme basique pour expliquer la validité de la constitution et de la rapporter à certains phénomènes ne signifie pas une simple réduction de cette norme qui ne l'entend plus comme telle (la constitution n'est pas seulement «ce que les jugent disent qu'elle est»). La constitution, comme toutes les normes juridiques, est une norme et elle peut être étudiée comme telle. Dire que la constitution n'est qu'un ensemble de faits, c'est négliger l'un de ses aspects les plus importants. La constitution est une norme dont le propos est de servir de modèle de conduite pour les membres d'une société donnée. Ainsi, la constitution peut être examinée comme une norme prescrivant certaines conduites, ou comme une norme attribuant certaines compétences, ou encore comme une norme recommandant un comportement ou un autre, etc. Ce qui importe ici, c'est de

souligner que cette norme constitutionnelle, comme toutes les normes juridiques, peut être l'objet d'une observation à partir d'une autre perspective : celle des réalités qui expliqueraient son caractère juridique au-delà du recours à une norme non positive. Que la constitution soit «du droit» se trouverait essentiellement dans les réalités quotidiennes de son instauration, de son acceptation, de son application, de son utilisation comme modèle de conduite, et même de sa transgression.

D'autre part, remarquer l'importance de ces phénomènes liés à la constitution ne signifie pas tomber dans un volontarisme étatique qui réduit ces phénomènes à ce que font les autorités en se fondant sur un pouvoir juridiquement illimité. Il est vrai que les pratiques des autorités face à la constitution expliquent dans une grande mesure son caractère de norme juridique. Pourtant, il ne s'agit que d'une partie des phénomènes qu'il faut prendre en compte, car il y a également l'acceptation de la constitution, et par cette voie, de tout le système juridique, par les particuliers, qui explique également (mais en partie, on insiste) pourquoi la constitution est une règle de droit. Ce qui nous montre le droit entendu comme un système de normes et la réalité qui lui est attachée c'est le fait qu'on ne peut pas oublier qu'il s'agit toujours de confronter des problèmes compliqués et très variés. Il vaut mieux reconnaître les limitations qui existent pour comprendre un tel enchevêtrement que de rester dans un seul des aspects en croyant qu'on a tout compris.

Pour finir, le rôle central de ces réalités liées à la constitution peut être saisi d'une façon intéressante au moyen d'un exemple emprunté à la pratique constitutionnelle française. Au début des années soixante il y avait un débat important sur la juridicité du préambule de la constitution de 1958, c'est-à-dire s'il faisait partie du texte constitutionnel et surtout si le contrôle de la constitutionnalité des lois pouvait être fait par rapport à ce préambule. La discussion se focalisait principalement sur les renvois que ce préambule fait à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946 et sur la possibilité qu'ils soient considérés comme des "normes juridiques" obligatoires et applicables par les autorités publiques, et en particulier par le Conseil Constitutionnel. C'est la difficile question sur le droit, sur ce qui est «du droit» qui revient. Enfin, la solution n'a pas été donnée par l'autorité d'édition de la constitution, le constituant, comme on pourrait le penser en principe. C'est l'un des destinataires de la norme constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel, qui a tranché la discussion et qui a accordé un caractère juridique aux principes de ces deux textes (Liberté d'association, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971). La conséquence la plus importante est qu'à partir de cette reconnaissance, le juge constitutionnel pouvait déterminer la constitutionnalité des lois du Parlement par rapport à ces principes, ce qui signifie, en pratique, une plus grande liberté de manœuvre pour le Conseil lui-même. Les réactions après cette décision ont été exceptionnelles, voir passionnées : fin de la souveraineté du Parlement, insécurité juridique à cause de l'amplitude des principes de 1789 et 1946, le risque d'un gouvernement de juges, etc. Toutefois, la décision a été finalement acceptée par la

communauté juridique et aujourd'hui personne ne nie que la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946 ne contiennent des «Principes à Valeur Constitutionnelle» ; en d'autres termes, des principes qui font partie du système juridique et qui, en plus, se placent à la tête de ce système.

BIBLIOGRAPHIE

Alexy, R. El Concepto y la Validez del Derecho, (Colección «Estudios Alemanes»), 1ª. edición, Barcelona : Gedisa, 1995, (Traducción de Jorge M. Seña).

Amselek, P. Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

Amselek, P. «Philosophie du droit et théorie des actes de langage», Théorie des actes de langage, éthique et droit, Paris : Presses Universitaire de France, 1986.

Aristote, La Rhétorique, 1373 b (traduction de M. Dufour), Paris : Belle-Lettres, 1932.

Austin, J. The province of jurisprudence determined, Oxford : Oxford University Press, 1953.

Bobbio, N. «Kelsen et le problème du pouvoir», Essais de théorie du droit, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998.

Bobbio, N. «Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires», Essais de théorie du droit, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998.

Bobbio, N. «Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », Essais de théorie du droit, (trad. de l'italien par Michel Guéret), Paris : LGDJ, 1998.

Brimo, A. Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État, Paris : A. Pedone, 1968.

Carbonnier, J. Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.

Carbonnier, J. Sociologie Juridique, Paris : Presses Universitaire de France, 1978.

Cohen, F.S. «Transcendental Nonsense and the fuctional approach», in The legal conscience : selected writings of F.S. Cohen, Archon Books, 1970.

Ehrlich, E. Grundlegung der soziologie des rechts, München u. Leipzig, 1913.

Fassò, G. Histoire de la philosophie du droit XIXe et XXe siècles (traduction de Catherine Rouffet), Paris : LGDJ, 1976.

Fernández, E. Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos, 1ª edición, Madrid : Debate, 1984.

Ferrajoli, L. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Roma : Ed. Laterza, 1989.

Goyard-Fabre, S. «L'inspiration kantienne de Hans Kelsen», Revue de métaphysique et de morale, vol. 2, 1978.

Gurvich, G. Éléments de la sociologie juridique, Paris : Aubier éd. Montaigne, 1940.

Habermas, J. Droit et démocratie : entre faits et normes (trad. de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Paris : Gallimard, 1997.

Hart, H «Kelsen Visited» in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford : Clarendon press, 1983.

Hart, H Le concept de droit (trad. De l'anglais par M. Van Kerchove) Bruxelles : Publications des facultés universitaires saint Louis, 1976.

Hart, H. «Definition and theory in jurisprudence», in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford : Clarendon press, 1983.

Hart, H. Analytical jurisprudence in mid-twentieth century : a reply to Pr. Bodenheimer, in University of Pennsylvania Law Review, tome 105, 1957.

Hart, H. «Kelsen's doctrine of the unity of law», in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford : Clarendon press, 1983.

Hart, H. «Legal and moral obligation», in Essays in Moral Philosophy (ed. par A.I. Melden), Seattle : University of Washington Press, 1958.

Hart, H. «Positivism and the separation of law and morals», in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford : Clarendon press, 1983.

Hart, H. Essays of Bentham : studies in jurisprudence and political theory, Oxford : Clarendon press, 1982.

Hart, H. «Austin, John Langshaw», in E.T. William t H.M. Palmer (ed.), The dictionary of national biography. 1951-1960, New York – Oxford : Oxford University Press, 1971.

Herbert, M. *Rechtstheorie als sprachkritik. Zum einfluss Wittgenstein auf die Rechtstheorie*, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

Kant, E. *Critique de la raison pure* (traduit de l'allemand par A. Tremesaygues et B. Pacaud), Paris : Presses Universitaire de France, 1984.

Kant, E. *Doctrine du droit* (traduit de l'allemand par A. Philonenko), Paris : J. Vrain, 1979.

Kelsen, H. *General theory of norms* (transl. by Michael Hartney), Oxford : Clarendon press, 1991. Version française : *Théorie Générale du droit et de l'Etat* (trad. de l'anglais par Béatrice Laroche), Paris : LGDJ, 1997.

Kelsen, H. *Théorie générale des normes*, (trad. de l'allemand par Olivier Beaud et Fabrice Malkani), Paris : PUF, 1996.

Kelsen, H. *Théorie pure du droit* (adaptée de la première éd. de la *Reine Rechtslere* (1934) par Henri Thévenaz), Neuchâtel : Ed. de la Baconnière, 1988.

Kelsen, H. *Théorie pure du droit* (trad. fr. de la 2e éd. de la *Reine Rechtslere* (1960) par Charles Eisenmann), Paris : Dalloz, 1977.

Llewellyn, K.N. «A realistic jurisprudence : the next step», in Realism in theory and practice, Chicago : The University of Chicago Press, 1971.

Mac Cormick, N. H. L. A. Hart, Londres : Arnold, 1981

Michaut, F. «Réalisme juridique américain» in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (sous la dir. de J.-A. Arnaud et H.-G. Belley), Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

Pattaro, E. Lineamenti per una teoria del diritto, Bologna (Italie): Cooperativa Libreria Universitaria, 1985.

Perelman, C. Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

Pound, R. An introduction to the philosophy of law, New Haven : Yale university Press, 1924.

Pound, R. «My philosophy of law», in The great legal philosophers, Filadelfia : University of Pennsylvania Press, 1979.

Ramos Pascua, J.A. La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart, Madrid : Tecnos, 1989.

Rials, S.«Supraconstitutionnalité et systématique du droit», in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris : Sirey, tome 31, 1986.

Rodríguez Paniagua, J.M. «La filosofía lingüística y la teoría analítica del derecho : H.L.A. Hart», Historia del pensamiento jurídico, II, Madrid : Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993.

Ross, A. On law and justice, Londres : Stevens & Sons Limited, 1958 (trad. espagnole de G.R. Carrió, Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires : Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.

Saint Augustin, Cité de Dieu, IV, 4 (traduction de J. Perret), Paris :Garnier, 1960.

Saint Thomas d'aquin, Somme théologique, S. Goyard-Fabre et R. Sève, Les grandes questions de la philosophie du droit, Paris : Presses Universitaire de France, 1993.

Sanchez Camara, I. Derecho y lenguaje : la filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart, Universidad la Coruña (servicio de publicaciones), 1996.

Stamatis, C.M. «La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale», Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris , Sirey, tome 31, 1986.

Stromholm, S. Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

Troper, M. «La pyramide est toujours debout ! Réponse à P. Amselek», Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris , Chevalier-Marescq, 1978, numéro 6.

Van de Kerchove, M. et Ost, F. Le système juridique entre ordre et désordre, Paris : Presses Universitaire de France, 1998.

Villey, M. dans, Emmanuel Kant, Métaphysique des mœurs (première partie : doctrine du droit), Paris : Vrin, 1979.

Weber, M. Économie et société (trad, de l'allemand par J. Freund, P. Kamnitzar et P. Bertrand), Paris : Pocket, 1995, tome I.

Wittgenstein, L. Tractatus logico-philosophicus et investigations philosophiques (trad. de l'allemand par P. Klossowski), Paris : Gallimard, 1986.