

Themistoklis Raptopoulos

LE POSITIVISME ANALYTIQUE

L'adoption de la loi sur le « mariage pour tous »¹ a donné lieu à une polémique relative à l'aptitude des juristes à évaluer les mérites ou les démérites moraux d'une loi². Dans le cadre de cette controverse, les « mésaventures du positivisme » ont été encore une fois dénoncées³, cette fois pour condamner la thèse défendue par quatre universitaires positivistes contre les très vives critiques que plusieurs de leurs collègues avaient formulées contre la loi en question⁴. Selon cette thèse positiviste, le droit positif n'est que le produit d'un fait contingent, à savoir d'une volonté politique donnée et, en tant que tel, il n'entretient aucune relation nécessaire avec telle ou telle conception morale particulière. De ce fait,

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JO du 18 mai 2013, p. 8253.

2. La polémique a été déclenchée par une *Lettre ouverte adressée aux Sénatrices et Sénateurs de la République française*, du 15 mars 2013 (reproduite par plusieurs sites internet). Les signataires de cette lettre, 170 professeurs et maîtres de conférences en droit, dénonçaient la réforme du droit de la famille en cause en se réclamant de leur « vocation à veiller au respect des libertés individuelles et à la protection par le droit des personnes les plus vulnérables ». Leur critique visait notamment l'adoption d'enfant par des couples du même sexe, institution qui « [fait] primer leurs désirs [des couples homosexuels] sur les droits fondamentaux de l'enfant ».

3. L'origine de cette expression se trouve dans un célèbre article qui aspirait à montrer comment le positivisme était une raison ou une prétexte pour les juristes français pour se cantonner à un travail d'exégèse qui légitimait les lois de Vichy : D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in : *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 252-279. Voir aussi par le même auteur : « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in : P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, p. 293-309.

4. La thèse positiviste et la réponse à celle-ci ont été respectivement formulées par P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, S. HENNETTE-VAUCHEZ, É. MILLARD, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », et par B. DAUGERON, A.-M. LE POURHIET, J. ROUX, PH. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns... », *Recueil Dalloz*, n°12, 2013, p. 784.

c'est au titre de leurs propres idées morales que les juristes peuvent évaluer moralement une loi, et non pas au titre de leur expertise juridique⁵. Quatre parmi les juristes s'opposant à la loi en question ont critiqué cette thèse en lui opposant deux arguments. Selon le premier, la thèse positiviste ne peut pas être maintenue dès lors que le droit positif lui-même emploie des critères à contenu moral dans des dispositions qui fixent les compétences des organes de production et d'application du droit⁶. Selon le deuxième argument, la thèse positiviste est contredite par ses défenseurs : ceux-ci dissimulent leurs propres préférences idéologiques, favorables à la loi en question, « en s'arbitrant derrière un paravent méthodologique »⁷.

Ces deux arguments soulèvent deux problèmes. En premier lieu, le premier argument présume ce qu'il veut prouver : il ne suffit pas de signaler le fait que le droit positif comporte des notions morales pour en conclure que la délibération morale fait nécessairement partie des tâches du juriste ; il faut démontrer que la détermination du contenu de ces notions, à la suite d'une délibération morale, est une condition nécessaire pour l'identification des règles qui fixent l'étendue des compétences des organes concernés. En d'autres termes, il faut démontrer qu'il y a *incorporation* des critères moraux dans le droit positif, de sorte que l'identification du droit *tel qu'il est* implique nécessairement une délibération morale sur le droit *tel qu'il devrait être*⁸. En deuxième lieu, et faute d'une telle démonstration,

5. P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, S. HENNETTE-VAUCHEZ, É. MILLARD, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit" ? », p. 784 : « [...] le droit demeure l'expression d'une volonté politique et non pas reproduction d'une incertaine réalité qui serait supérieure ou antérieure à celle, sublunaire, qui est la notre [et] le droit civil procède toujours d'arrangements politiques et de montages juridiques. Lorsqu'il s'agit de les créer, le juriste ne peut prétendre à aucune compétence ou monopole particulier [...] Sans même défendre le projet de loi [...] car précisément, une telle défense ressort des *convictions politiques et morales de chacun* – il convient donc de dénoncer la *méthode fallacieuse* utilisée par nos collègues qui consiste à se fonder sur leurs qualités de "juristes" pour dire ce qui est bien et ce qu'il faut penser » (nous soulignons).

6. B. DAUGERON, A.-M. LE POURHIET, J. ROUX, PH. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns... », *Ibid.* : « Les juristes sont [...] par vocation et expérience professionnelles, bien placés pour porter un regard critique sur ce droit, y compris sur sa valeur. Lorsque la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant stipule que "dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des tribunaux ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale" et ajoute que celui-ci a "dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux », elle invite, voire contraint les juristes à s'interroger sur ce qu'il "vaut mieux" pour l'enfant. *Le jugement de valeur est ici convoqué par la règle. Il s'intègre au raisonnement et participe de l'œuvre juridique* » (nous soulignons).

7. *Ibid.*

8. D'un point de vue positiviste, il pourrait être soutenu que l'emploi de notions morales signifie que le droit positif habilite ces organes de production et d'application du droit à exercer leurs compétences en fonction de leurs propres évaluations morales (Voir *infra*. II.A.2.). Si tel est le cas, les évaluations morales de ces organes ne sont pas moins subjectives que les évaluations des

le deuxième argument contourne l'objection positiviste : si le « paravent méthodologique » s'appuie sur une thèse théoriquement pertinente – c'est-à-dire, s'il est vrai que l'identification du droit positif, par opposition à sa création, est indépendante de délibérations morales – peu importe, d'un point de vue théorique, si les juristes positivistes expriment ou dissimulent leurs propres idées morales.

Ces défauts révèlent une asymétrie dans la critique que les juristes s'opposant à la loi adressent à leurs collègues positivistes : ils s'intéressent davantage à dénoncer le positivisme comme une posture méthodologique qui rompt arbitrairement le lien entre le droit et la morale, qu'à expliquer en quoi consiste précisément ce lien. Cette approche semble attester de la persistance de deux idées dans la littérature antipositiviste française. En premier lieu, les auteurs antipositivistes tendent à assimiler, implicitement ou explicitement, le positivisme en général avec une théorie particulière, celle de Kelsen. Or, le trait essentiel de celle-ci est la radicalité de son programme épistémologique, à savoir la radicalité d'une distinction *a priori* établie entre le droit, d'une part, et les faits et la morale, d'autre part. De ce fait, et en deuxième lieu, la critique antipositiviste se concentre davantage sur les thèses positivistes relatives à la science du droit, et notamment sur l'exigence de neutralité axiologique, que sur les thèses positivistes relatives à la nature du droit⁹.

Ce double réductionnisme – réduire le positivisme au kelsénisme et ce dernier à un programme épistémologique de neutralité axiologique – comporte deux défauts. D'une part, il entraîne une assomption fallacieuse : les auteurs antipositivistes raisonnent comme si le rejet de la pureté de la *Théorie Pure* impliquait le rejet du positivisme tout court. D'autre part, et par conséquent, la doctrine antipositiviste perd souvent de vue l'enjeu théorique de l'opposition entre le positivisme et l'antipositivisme : contrairement à ce que des débats comme la controverse décrite ci-dessus laissent entendre, la question capitale n'est pas de savoir si le juriste doit se cantonner dans une description « pure » du droit, mais de savoir ce qu'est le droit en premier lieu, de savoir, en d'autres termes, quels sont les traits essentiels du droit qui déterminent notre concept de celui-ci¹⁰.

juristes universitaires.

9. Pour plusieurs arguments critiques en ce sens, voir F. BRUNET, *La normativité en droit*, préf. É. Picard, post-scriptum A. Supiot, Paris, Mare & Martin, 2011, spéc. le Titre 1. Voir aussi, à titre indicatif : É. PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », in : D. ROUSSEAU et A. VIALA (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 23-80 ; CH. ATIAS, « Fonder le droit ? » et S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste », in : *Mélanges Paul Amssele*, Bruxelles, Bruylant, 2005, respectivement p. 25-38 et p. 357-374.

10. Sur cet enjeu, voir le stimulant débat entre J. RAZ, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism » et R. ALEXY, « An Answer to Joseph Raz », in : G. PAVLAKOS (dir.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, respectivement p. 17-35 et p. 37-55.

S'agissant des traits essentiels du droit, ce qui oppose traditionnellement les théories positivistes des théories antipositivistes c'est la question de savoir si le droit entretient ou non un certain lien nécessaire avec la morale. Ainsi formulée, cette question demeure très vague, mais elle nous permet déjà d'opérer une distinction au sein même du camp positiviste. En effet, l'absence d'un lien nécessaire entre le droit et la morale peut être établie de deux façons.

Une première approche serait de distinguer le droit de la morale par un argument *a priori*. Cette approche est celle de Kelsen et elle s'appuie sur une série de prémisses qui ne sauraient être analytiquement exposées ici¹¹. On se contentera de remarquer que l'introduction d'une telle distinction par un argument *a priori* est la seule façon, selon Kelsen, dont la science du droit peut élaborer des propositions

11. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, [1960], 1999, p. 12-18, p. 24-31, p. 69-82, p. 111-116, p. 193-206, p. 220-222. Présentée de façon schématique, l'idée d'une distinction *a priori* établie entre le droit et la morale s'appuie sur deux thèses. Selon la première, la validité et la normativité sont des qualités coextensives, de sorte que l'affirmation « la conduite φ est obligatoire » implique nécessairement l'affirmation « la conduite φ est prescrite par une norme valide ». Selon la deuxième thèse pourtant, le champ normatif est ontologiquement unitaire, sans distinction entre la normativité juridique et la normativité morale, en ce sens que l'affirmation « la norme qui prescrit φ est valide » n'est possible que si je considère que « φ » est moralement justifiée. Symétriquement, et par conséquent, ceux qui ne croient pas en la légitimité d'un système juridique n'y voient pas de normes juridiques valides, mais de faits de domination. Pour sortir de ce dilemme réductionniste – réduire la normativité juridique soit en une normativité morale, soit en un faisceau de faits comportementaux – Kelsen nous invite à présupposer une norme moralement inerte – s'agissant d'une hypothèse, on n'a pas à savoir si elle est effectivement valide et donc justifiée – qui nous permet de décrire le droit comme un fait normatif, c'est-à-dire justifié, tout en rendant *a priori* péremptoire la question de savoir s'il l'est effectivement. Nous suivons ici l'interprétation de la théorie de Kelsen proposée par J. RAZ, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », et « The Purity of the Pure Theory », in : J. RAZ., *The Authority of Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, respectivement p. 122-145 et p. 293-312. Pour une synthèse de cette interprétation, voir S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity : An essay in Genealogy*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, p. 74 et s. ; S. PAULSON, « Introduction », in : H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. par B. Laroche et V. Faure, Paris, LGDJ, [1945], 1997, p. 29 et s. Des interprétations similaires à celle de Raz ont été développées, entre autres, par : A. ROSS, « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », et C.S. NINO, « Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity », in : S. PAULSON et B.L. PAULSON (dir.), *Normativity and Norms : Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, respectivement p. 147-163 et p. 253-261 ; B. CELANO, « Kelsen's Concept of the Authority of Law », *Law and Philosophy*, 19, 2000, p. 173-199 ; B. VAN ROERMUND, « Norm-Claims, Validity and Self-Reference », in : L. ALMEIDA, J. GARDNER, L. GREEN (dir.), *Kelsen revisited*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 11-41. Toutefois, cette interprétation a été récemment mise en cause : S. PAULSON, « A "Justified Normativity" Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law ? », in : M. KLATT (dir.), *Institutionalised Reason : The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 61-112, avec de nombreuses références bibliographiques en la matière.

qui décrivent les normes d'un système juridique sans partager le point de vue des participants à celui-ci concernant les mérites ou les démérites moraux des normes décrites¹².

Une deuxième approche positiviste serait de prendre le chemin inverse pour se pencher sur ce qui rend possible non pas les propositions de la science du droit, mais les énoncés normatifs des participants mêmes à un système juridique. Selon cette approche, une analyse de la façon dont nous utilisons un langage normatif à propos du droit révèle que ce qui rend déjà possible ce langage normatif c'est l'existence de certaines pratiques sociales, et non pas la valeur morale de ces pratiques ou des règles qui sont produites dans leur cadre. Cette deuxième approche est celle suivie par le positivisme analytique, c'est-à-dire par les théories positivistes développées dans le sillage de la théorie de Hart.

Pour des raisons variées, dont la principale est l'hégémonie de la *Théorie Pure*¹³, le positivisme analytique demeure peu étudié en France¹⁴. L'objectif de la présente étude est alors d'exposer les principales thèses de ce courant théorique et de montrer, à l'occasion des critiques adressées au positivisme dans le cadre de la controverse décrite ci-dessus, que ces thèses portent sur des questions que la doctrine antipositiviste française considère communément comme étant *a priori* exclues du champ d'étude des théories positivistes, comme le sont les questions relatives à l'inclusion de la morale dans le droit ou la question du lien entre l'autorité et la légitimité du droit (II). Avant toutefois de procéder à cet exposé, il est

12. Sur les présupposées philosophiques de cette idée, voir l'analyse critique de C. HEIDEMANN, « Hans Kelsen and the Transcendental Method », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 55, 2004, p. 358-377. Pour une appréciation critique, voir aussi B. CELANO, « Kelsen's Concept of the Authority of Law », p. 182 et s.

13. Toutefois, les raisons de cette hégémonie ne sont pas toujours théoriques, mais elles peuvent aussi être idéologiques, liées à l'essor du contentieux constitutionnel : M. TROPER, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in : C.-M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2001, p. 29-45.

14. Le même constat paraît d'ailleurs s'imposer pour l'étude de la philosophie analytique en général. Voir en ce sens : P. ENGEL, « La philosophie analytique en France : un bilan institutionnel », *Cahiers de Philosophie de l'Université de Caen*, n°37, 2001, p. 467-480 et spéc. p. 471-472 ; S. LAUGIER, « Quel avenir pour la philosophie analytique en France ? », *Cités*, n°5, 2001, p. 151-155. Toutefois, et pour ce qui concerne la théorie du droit, on trouve des exceptions notables dans un nombre de thèses récentes qui s'intéressent tant au positivisme analytique qu'à la philosophie analytique en général : M. CARPENTIER, *Norme et exception : Essai sur la défaisabilité en droit*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013 ; G. KARAVOKYRIS, *L'autonomie de la personne en droit public français*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; D. TSARAPATSANIS, *Les fondements éthiques des discours juridiques sur le statut de la vie humaine anténatale*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010 ; G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. M. Troper, Paris, Dalloz, 2006.

nécessaire de tenter de dissiper quelques malentendus relatifs aux « mésaventures du positivisme » en précisant ce que le positivisme n'est pas (I).

I. CE QUE LE POSITIVISME JURIDIQUE N'EST PAS

Les critiques adressées habituellement au positivisme par la doctrine juridique française peuvent être regroupées autour de deux thèses, celle du *juriste apathique* et celle du *juriste normativiste*. La thèse du juriste apathique est à la base des critiques adressées aux « mésaventures du positivisme ». Selon cette thèse, le positivisme incite les juristes, ou du moins leur procure le prétexte, à ne pas évaluer moralement le droit. De ce fait, et d'après la même critique, la description axiologiquement neutre professée par le positivisme légitime le droit indépendamment de ses mérites moraux. La thèse du juriste normativiste consiste, quant à elle, en l'idée que le positivisme prescrit aux juristes de ne pas s'aventurer au-delà du droit positif, écrit ou jurisprudentiel, et, notamment, de ne pas se pencher sur les fondements de ce droit.

Si par « fondements du droit » on entend certaines pratiques sociales dont dépend l'existence du droit, la critique qui associe le positivisme à la thèse du « juriste positiviste » doit se limiter au positivisme kelsenien, le positivisme analytique étant un courant théorique qui insiste, précisément, sur l'ancrage social de la normativité juridique (B). La critique des « mésaventures du positivisme », en revanche, s'avère mal fondée pour toutes les deux écoles positivistes : loin d'impliquer la thèse du « juriste apathique », les théories positivistes sont tout à fait aptes à favoriser la réflexion critique des juristes dans la mesure où elles insistent sur l'idée que la validité juridique est indépendante des mérites moraux du droit (A).

A. Le positivisme et les mérites moraux du droit

Dès son début, la théorie de Kelsen avait un aspect critique qui ne visait pas seulement les théories de droit naturel. Elle était également une attaque contre les théories positivistes antérieures¹⁵, l'école de Gerber et de Laband en tête, qui dissimulaient leurs préférences politiques – leur approbation pour le régime de l'Empire allemand en particulier et leur désapprobation des institutions libérales en général – sous un langage scientifique¹⁶. La critique de Kelsen est aussi radicale

15. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 4 : « On peut la considérer [la *Théorie pure du droit*] comme venant poursuivre le développement de germes qui s'annonçaient déjà dans la science du droit positiviste du XIX^e siècle. Or mes adversaires en sont aussi les descendants ».

16. En ce sens, voir P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis in German Constitutional*

que la méthodologie dont elle se sert : l'incommensurabilité ontologique entre l'être et le devoir-être, d'une part, et la distinction *a priori* établie, par l'ancrage de la validité juridique sur une norme présumée, entre le devoir-être juridique et le devoir-être moral, d'autre part¹⁷. Les conséquences de cette double distinction sont connues : la science juridique est amenée à saisir son objet dans « une sphère éthérée remplie exclusivement de propositions normatives »¹⁸, la « normativité » étant entendue au sens de la seule normativité juridique. Ce qui est peut-être moins connu ou apprécié, c'est qu'en isolant la normativité juridique des considérations morales et factuelles, Kelsen propose un cadre théorique qui permet aux juristes de ne pas s'impliquer dans la genèse et le contenu « impur » de leur objet d'étude : conscient du fait que le contenu ainsi que les sources du droit peuvent être moralement défectueux, Kelsen insiste sur l'idée qu'il est autant possible que souhaitable d'établir une distinction entre la science « pure » et son objet « impur »¹⁹.

La thèse de la pureté peut alors avoir des implications critiques dans un double sens : d'une part, si le droit peut être décrit par des propositions normatives « pures », il s'ensuit que cette description laisse ouverte toute possibilité d'une critique morale puisqu'elle ne préjuge rien quant aux mérites ou les démérites moraux du droit décrit ; d'autre part, et symétriquement, si le droit positif peut être décrit sans recours à ses fondements idéologiques et à la valeur morale ou immorale de son contenu, l'introduction de telles considérations extra-juridiques dans le discours juridique relève non pas d'une nécessité scientifique mais d'une préférence idéologique de ceux qui prêtent (ou dénoncent) des qualités morales au droit positif sous prétexte de le décrire²⁰. Bien évidemment, et même si ce constat est encore « anathématisé » par plusieurs tenants du kelsénisme²¹, la

Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism, Durham-Londres, Duke University Press, 1997, p. 39 et p. 45 et s. Bien qu'il ne nomme pas ses critiques, Kelsen se réfère aux « intérêts professionnels des juristes » qui s'opposent à la *Théorie pure du droit*, et il précise que l'enjeu de cette opposition est « la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 4.

17. Pour un exposé du projet méthodologique de Kelsen qui met en exergue ses implications critiques, voir M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in : O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen : Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 171-220, spéc. p. 180 et s.

18. S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 59.

19. *Ibid.*, p. 59-60.

20. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p.4-6 et 114-116.

21. Selon l'expression de D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 104.

neutralité de la *Théorie Pure* est idéologiquement sous-tendue : élaborée dans le contexte politiquement tourmenté de Weimar²², la *Théorie Pure* peut devenir une arme de critique idéologique et sociale dans la mesure où elle met en exergue le fait que la validité juridique ne nous dit rien sur le bien-fondé, d'un point de vue moral, de l'idéologie de ceux qui défendent un système juridique donné²³.

Néanmoins, l'argument des antipositivistes ne vise pas les intentions d'aspiration progressiste de Kelsen, mais leur résultat : Kelsen a élaboré une théorie qui traite de la même façon un régime libéral et un régime autoritaire, comme s'il n'y avait pas de différences entre les deux. La même critique peut être adressée au positivisme analytique qui, quoique « impur », avance comme position de principe la primauté de l'ancrage social du droit sur ses mérites moraux²⁴. Une telle critique peut se construire autour de deux arguments. Selon le premier, un régime libéral et un régime autoritaire présentent bien des différences juridiquement pertinentes. Selon le deuxième, l'insistance sur la possibilité d'une description indistincte

22. Pour l'influence du contexte socio-politique sur l'élaboration de la *Théorie pure du droit*, voir P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis in German Constitutional Law*, p. 46 ; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, p. 104 et s.

23. Si Kelsen était bien conscient, et content, des implications critiques de la *Théorie pure du droit*, il paraît qu'il était également convaincu que cet aspect critique était la conséquence logique du caractère scientifique de sa théorie, et non pas une raison pour choisir cette théorie en premier lieu (*Théorie pure du droit*, p. 5-6, p. 115-116). En effet, les traits essentiels de la *Théorie pure du droit*, et notamment son programme épistémologique, sont dictés par les convictions philosophiques de Kelsen (en ce sens, voir C. HEIDEMANN, « Hans Kelsen and the Transcendental Method », p. 361 et s.). Il paraît pourtant que ces convictions, ainsi que la décision de Kelsen de se ranger du côté du positivisme juridique, étaient idéologiquement sous-tendues. Ainsi, Kelsen souligne que les théories de droit naturel doivent être rejetées non seulement pour des raisons théoriques, mais aussi parce qu'elles « tend[ent] à la légitimation acritique de l'ordre de contrainte étatique » : *Théorie pure du droit*, p. 76. De même, il considère que ces théories offrent un « mensonge utile » (*a useful lie*) qui peut rassurer les hommes du bien-fondé de leurs idéologies : H. KELSEN, « The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science », in : H. KELSEN, *What is Justice ?*, p. 137-173, spéc. p. 142, p. 159, p. 173. Ainsi, une étude récente a pu soutenir que la *Théorie pure du droit* applique au champ de la philosophie juridique le scepticisme éprouvé par Kelsen au champ de la philosophie politique et morale – surtout le relativisme moral et le scepticisme envers l'idée d'une raison pratique apte à garantir le bien fondé de nos décisions – de sorte qu'on peut étudier les écrits juridiques et les écrits politiques de Kelsen comme étant les deux parties d'un projet philosophique commun : L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law : Legality and Legitimacy*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007.

24. En ce sens : voir D. DYZENHAUS, « Why Positivism is Authoritarian », *American Journal of Jurisprudence*, 37, 1992, p. 83-112, spéc. p. 85 où l'auteur adresse une critique au positivisme similaire à la critique des « mésaventures du positivisme » formulée par le professeur Lochak. Sur les implications morales, négatives ou positives, du positivisme analytique, voir F. SCHAUER, « Positivism as Pariah », in : R. GEORGE (dir.), *The Autonomy of Law : Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 31-55.

de deux régimes moralement incommensurables rend la description elle-même moralement défailante.

Avant de se pencher sur ces deux objections, il importe de préciser que les théories positivistes sont des théories générales relatives à la nature du droit, c'est-à-dire des théories qui visent à identifier certains traits essentiels du droit présents dans tous les systèmes juridiques – ou, du moins, dans tous les systèmes juridiques modernes²⁵. En tant que théories de ce type, les théories positivistes sont principalement des théories relatives à la validité et à la normativité juridique : elles aspirent à repérer les conditions qui rendent possible l'existence des règles juridiquement valides, et à expliquer ce en quoi la normativité de ces règles consiste. En ce sens, aucune théorie positiviste, et la *Théorie Pure* n'y fait pas exception, ne prétend être une théorie générale du droit au sens d'une théorie qui explique tous les traits importants que présente le phénomène juridique, comme le sont, par exemple, les différences juridiquement pertinentes qui distinguent un régime autoritaire d'un régime qui respecte les exigences de l'État de droit.

Ceci étant, et pour ce qui concerne la première objection, les positivistes, y compris Kelsen, n'ont jamais nié qu'il y ait des régimes moralement défailants. Ils n'ont jamais nié, non plus, que ces régimes présentent des différences juridiquement pertinentes par rapport aux régimes qui respectent les exigences de l'État de droit. Ils nient simplement que ces différences soient coextensives d'une différence dans la nature du droit lui-même, c'est-à-dire d'une différence dans les conditions qui expliquent la validité et la normativité des règles des régimes respectifs. Le positivisme insiste en revanche sur l'idée qu'on ne peut pas se rendre compte de la spécificité du droit en tant que phénomène social si l'on n'explique pas comment celui-ci présente certains traits essentiels qui établissent sa validité et sa normativité indépendamment des différences dans la structure ou le contenu de chaque système juridique donné, voire indépendamment de ses éventuels mérites ou démérites moraux²⁶.

Quant à la deuxième objection, elle paraît à première vue comme indépendante de la première. Elle constitue pour autant le revers de la même médaille et pour la réfuter il faut analyser davantage la première objection. Plus précisément, les antipositivistes reprochent au positivisme de ne pas se rendre compte de façon

25. Plus analytiquement sur cette question, voir le débat entre J. RAZ, « Can There be a Theory of Law ? », in : J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p.17-46, spéc. p. 38, et R. ALEXI, « On Two Juxtapositions : Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz's "Can There Be a Theory of Law ?" », *Ratio Juris*, 20, 2007, p. 162-169.

26. Comp. en ce sens les analyses d'un auteur positiviste, comme J. RAZ, « Can There be a Theory of Law ? », p. 27 et s. et p. 38 et s., à celles d'un auteur renommé du courant antipositiviste : J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 3 et s. et p. 277 et s.

adéquate de la dimension morale du droit. Cette dimension, selon les antipositivistes, est inhérente au droit et donc indispensable à sa compréhension. Mais il y a plus. Leur reproche est toujours sous-tendu par la présomption que cette dimension morale est nécessairement quelque chose de bon²⁷. Ainsi, lorsque les antipositivistes s'exclament que le positivisme ne permet pas la critique de régimes moralement défaillants, ils considèrent comme allant de soi que les régimes qu'ils prennent comme modèle pour mesurer cette défaillance sont moralement louables. Le positivisme par contre renonce aux louanges adressées à un certain type de contenu ou de forme juridique pour prendre le chemin inverse : il érige en considération de principe la *faillibilité morale* et le caractère *instrumental* du droit, à savoir le fait que, d'un point de vue moral, le droit n'est ni nécessairement bon ni nécessairement mauvais, et qu'il est également apte à être mis au service des régimes libéraux et des régimes autoritaires²⁸. Selon cette thèse, une théorie générale du droit n'est pas réussie si elle n'est pas capable d'expliquer l'existence du droit même là où il véhicule des valeurs étrangères à notre sentiment de justice ou là où il échoue à satisfaire à ses prétentions morales²⁹.

Les auteurs antipositivistes répliqueraient très probablement que les « mésaventures du positivisme » relèvent non pas de la pertinence théorique des thèses positivistes, mais de leurs implications pratiques : en affirmant qu'une loi moralement défaillante fait partie du droit positif au même titre qu'une loi moralement louable, le positivisme légitime le droit indépendamment de ses qualités morales et

27. L. GREEN, « Legal positivism », §3, in: E. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2009 Edition), accessible sur: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism>.

28. Plus analytiquement, voir L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », *New York University Law Review*, 83, 2008, p. 1035-1058, spéc. p. 1054 et s. ; L. GREEN, « Law as Means », in : P. CANE (dir.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2010, p. 169-188. Comp. les thèses de la faillibilité et de la nature instrumentale du droit aux analyses de deux théories antipositivistes qui attribuent une vocation morale au droit : R. ALEXY, « The Dual Nature of Law », *Ratio Juris*, 23, 2010, p. 167-182, spéc. p. 180-181 ; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Chap. 1.

29. Cf: H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, [1994], 2005, p. 227, [*The Concept of Law*, 3^e éd., Introd. et notes par L. Green, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 209] : « Il semble clair que l'adoption d'un concept étroit [à savoir, d'un concept de droit qui ne comprend pas « ces règles qui offensent la morale »], ne présente aucun intérêt pour l'étude théorique ou scientifique du droit en tant que phénomène social : nous serions amenés à exclure certaines règles, même si elles présentaient toutes les autres caractéristiques complexes du droit » (la pagination de la 3^e éd. anglaise du *The Concept of Law*, sera ci-après indiquée entre crochets). Pour la persistance de cette idée dans le positivisme contemporain, voir J. DICKSON, « Legal positivism : Contemporary Debates », in : A. MARMOR (dir.), *The Routledge Handbook to Philosophy of Law*, New York, Routledge, 2012, p. 48- 63, spéc. p. 57-58.

il incite, fut-ce indirectement ou même malgré lui, à l'obéissance irréfléchie. Cette critique serait pertinente si le positivisme liait l'existence du droit à l'existence d'une obligation morale d'obéir au droit. Or, l'apport essentiel du positivisme à la philosophie du droit, mais aussi à la philosophie politique, est la défense de la thèse selon laquelle la validité juridique est *moralement inerte* : l'affirmation qu'une règle juridique est valide ne nous dit rien, par elle-même, sur les éventuels mérites ou démérites moraux de cette règle et, par conséquent, sur l'existence ou non d'une obligation morale de se conformer aux prescriptions de celle-ci. Il en est ainsi, selon les positivistes, parce que les conditions de la validité juridique sont indépendantes des considérations morales³⁰. Ainsi, même une loi moralement louable est valide pour des raisons qui sont indépendantes de ses mérites moraux. Symétriquement, une telle loi mérite d'être obéie pour ses mérites moraux, et non pas en raison de sa validité juridique. Cette thèse implique que le droit ne peut pas créer, par lui-même, des obligations morales justifiant l'obéissance. De plus, certains positivistes affirment qu'il ne peut pas y avoir une obligation générale d'obéir au droit, c'est-à-dire une obligation morale qui pourrait justifier l'obéissance indépendamment des éventuels mérites moraux que chaque citoyen reconnaît à chaque loi particulière³¹.

En revanche, c'est dans la littérature antipositiviste où l'on discerne une prédisposition en faveur de l'autorité du droit. Cette prédisposition est attestée par l'idée, commune à toutes les théories antipositivistes, suivant laquelle le droit aspire nécessairement à satisfaire certains objectifs moraux. Cette idée implique nécessairement que là où le droit présente de telles qualités il y a une obligation non seulement juridique mais aussi morale de l'obéir³².

30. V *infra*. I.B. et II.A.1.a pour les analyses respectives de Kelsen et Hart.

31. L. GREEN, « Legal Obligation and Authority », in : J. COLEMAN, S. SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 514-51. ; J. RAZ, « The Obligation to Obey: Revision and Tradition », in : J. RAZ., *Ethics in the Public Domain*, p. 341-354 ; J. RAZ, « The Obligation to Obey the Law » et « Respect for Law », in : J. RAZ, *The Authority of Law*, respectivement, p. 233-249, 250-261 ; J. RAZ, « About Morality and the Nature of Law », in : J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, p. 166-181. *Contra* : R. DWORKIN, *Law's Empire*, Oxford, Portland, Hart Publishing, [1986], 1998, p. 96-98, 190 et s. ; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Chap. 9 et 11 ; Ph. SOPER, « The Obligation to Obey the Law », in : R. GAVISON (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 43-61 ; Ph. SOPER, *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge, Cambridge University Press., 2002, Chap. 4 et 7.

32. Le point de divergence entre les positivistes et les antipositivistes porte surtout sur l'existence d'une obligation générale d'obéir aux lois d'un système juridique qui est moralement louable. Selon les positivistes, une telle obligation générale d'obéissance ne peut pas être établie en raison, précisément, de la faillibilité morale du droit : à supposer même que le droit vise nécessairement à satisfaire certaines exigences morales, et qu'un régime juridique satisfasse *in globo* ces exigences, il

Il est alors paradoxal de considérer que le positivisme décourage la réflexion critique des juristes et légitime le droit positif tandis qu'il insiste autant sur la faillibilité morale et sur la distinction entre la validité et la moralité de celui-ci. Bien au contraire, et comme le remarquait Hart, c'est en raison de ces thèses qu'une conception positiviste du droit est apte à fournir « une vision plus claire de *ce qui est moralement en jeu quand une obéissance est requise* »³³. En effet, transposées du champ de la réflexion théorique à celui de la réflexion pratique, les thèses positivistes impliquent deux impératifs : d'une part, il faut toujours soumettre le droit en un examen moral, la seule positivité de celui-ci étant inapte à nous renseigner sur ses mérites moraux ; d'autre part, et symétriquement, on ne peut pas présumer que la légalité dans l'exercice du pouvoir s'accompagne ou implique des garanties substantielles quant à la légitimité de ce pouvoir. Le dénominateur commun des deux impératifs, et le point sur lequel Hart et Kelsen insistaient explicitement, est l'idée qu'on ne peut pas déléguer au droit positif la justification morale de nos actions³⁴ : seuls des arguments moraux substantiels,

peut arriver que plusieurs lois particulières de ce régime échouent à réaliser ces objectifs. Certaines théories antipositivistes (voir les ouvrages de R. Dworkin et Ph. Soper cités dans la note précédente) contournent cette difficulté par la distinction entre deux types de raisons morales : les raisons que les individus ont par eux-mêmes, et les raisons que le droit crée en tant que forme d'association politique de ces individus. Dans le deuxième cas, la création d'une communauté politique dotée d'institutions juridiques fait naître des raisons morales distinctes de ceux que les individus eux-mêmes ont. Il s'agit, en ce sens, de raisons morales politiques, par opposition aux raisons morales individuelles. Pour les auteurs qui adoptent cette distinction, un système juridique peut créer des obligations politiques d'obéissance, bien que ses lois particulières puissent échouer à satisfaire aux raisons morales individuelles qu'elles aspirent à servir. Pour un exposé de cette distinction, voir G. LETSAS, « Monism, Interpretivism, and Law's Aim », *Law and Philosophy*, Current Legal Issues, 10, 2007, p. 49-59. Pour une défense de l'idée de raisons morales politiques, voir aussi : A. TAKIS, « Positivism and Political Obligation », *Northern Ireland Law Quarterly*, 59, 2008, p. 73-90, spéc. p. 82 et s. ; D. KYRITSIS, « The Normativity of the Practice of Officials », in : S. BERTEA et G. PAVLAKOS (dir.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2011, p. 177-195. Face à l'alternative entre le rejet et la défense des raisons morales politiques, une troisième voie a été proposée récemment. Il s'agit de l'idée suivant laquelle l'activité des institutions juridiques peut « activer » des obligations morales soit en spécifiant les raisons d'agir morales que nous avons déjà, soit en modifiant les données pertinentes en fonction desquelles nous reconnaissons quelque chose comme étant une raison d'agir morale : M. GREENBERG, « The Moral Impact Theory of Law », *Yale Law Journal*, 123, 2014, p. 1288-1342.

33. H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 228 [p. 210]. Cet aspect critique du positivisme est d'ailleurs reconnu par certains auteurs antipositivistes : R. ALEXY, *The Argument from Injustice : A Reply to Legal Positivism*, trad. par B.L. Paulson et S. Paulson, Oxford, Oxford University Press, [2002], 2010, p. 44-48 ; M. MURPHY, « Natural Law Jurisprudence », *Legal Theory*, 9, 2003, p. 262-263 : « the positivists have taken as a central part of their program the emphasis on the need to scrutinize the merits of laws to determine whether they are worthy of obedience ».

34. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 228 [p. 210] : « La chose qui est de loin la plus nécessaire

y compris des arguments relatifs à la valeur du droit lui-même, peuvent nous indiquer ce qui est moralement bon à faire³⁵.

Ceci étant, il faut souligner que le positivisme ne nie pas la valeur qui peut s'attacher au respect de la légalité ni l'idée que le droit peut avoir des mérites moraux considérables³⁶. Il nie simplement l'idée que l'existence du droit présuppose ou entraîne nécessairement l'existence de tels mérites moraux³⁷. Cette dernière thèse est d'autant plus importante que certains auteurs positivistes du courant analytique défendent la thèse selon laquelle le droit prétend toujours satisfaire à certaines exigences morales dans la mesure où il prétend nécessairement être une autorité légitime³⁸. Selon cette thèse, il faut alors distinguer la prétention

pour rendre les gens clairvoyants lorsqu'ils sont en présence de l'abus de pouvoir, c'est qu'ils gardent la conscience de ce que l'assurance de la validité juridique n'est pas décisive quant au problème de l'obéissance, et que, quelle que soit la dimension de l'aura de majesté ou d'autorité que puisse avoir le système officiel, ses exigences doivent finalement être soumises à un examen moral minutieux ». Kelsen s'abstenait des remarques si explicites dans ses écrits juridiques. Toutefois, il associait explicitement le positivisme juridique au relativisme moral et dans un texte sur ce dernier – où, *mutatis mutandis*, le terme « relativisme » peut être lu comme « positivisme » – il procède en une affirmation qui mérite d'être citée *in extenso* : « Relativism imposes upon the individual the difficult task of deciding for himself what is right and what is wrong. This, of course, implies a very serious responsibility, *the most serious moral responsibility a man can assume*. If men are too weak to bear this responsibility, *they shift it to an authority above them, to the government*, and, in the last instance, to God. Then, they have no choice. *It is easier to obey a command issued by a superior than to be morally one's own master*. The fear of personal responsibility is one of the strongest motives of the passionate resistance against relativism », « What is Justice ? », *in* : H. KELSEN, *What is Justice ?*, p. 22 (nous soulignons).

35. Ainsi, confrontés au problème de la poursuite en justice des officiers Nazi pour des actes qui n'étaient pas illégaux au moment où ils avaient été commis, Hart et Kelsen ont recours à des arguments substantiels pour affirmer que, faute d'une solution qui pourrait concilier les deux exigences, l'obligation morale de ne pas laisser de tels actes impunis devrait l'emporter sur le principe *nullum crimen sine lege* : H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 229 [p. 211-212] ; H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *in* : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 49-87, spéc. p. 76-77 ; H. KELSEN, « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals », *California Law Review*, 31, 1943, p. 530-571, spéc. p. 544 et 564 ; H. KELSEN, « The Rule Against *Ex Post Facto* Law and the Prosecution of the Axis War Criminals », *The Judge Advocate Journal*, 2, 1945, p. 8-12 et 46, spéc. p. 11 et 46.

36. L. GREEN, « Law as Means » p. 173 et s. ; J. RAZ, « The Rule of Law and its Virtue », *in* : J. RAZ, *The Authority of Law*, p. 210-229 ; M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism : Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, chap. 9.

37. Voir les références citées à la note précédente et aussi : J. GARDNER, « Legal Positivism : 5½ Myths », *American Journal of Jurisprudence*, 46, p. 204 et s. (réimpr. *in* : J. GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2014, chap.2).

38. *Infra*, II.B.2.

d'être une autorité légitime, qui est un trait essentiel du droit, de la vérité de cette prétention, qui est un trait purement contingent³⁹. Cette distinction implique une thèse de principe qui ne laisse pas de doutes quant au caractère essentiellement critique, sinon sceptique du positivisme vis-à-vis de l'autorité du droit : *le droit ne peut pas créer, par lui même, l'obligation morale d'y obéir, mais il prétend toujours être légitimement investi de l'autorité de le faire*⁴⁰.

On trouve déjà une distinction similaire dans l'idée de norme fondamentale. Kelsen considère, de façon paradoxale pour un positiviste⁴¹, que la validité n'est pas moralement inerte dans la mesure où toute norme est l'expression d'une valeur : affirmer que quelque chose doit être fait revient à affirmer, selon Kelsen, que cette chose est justifiée⁴². Toutefois, Kelsen considère également que les valeurs ne peuvent être que relatives ce qui implique que les normes juridiques ne peuvent jamais être objectivement valides en fonction d'un critère qui soit indépendant des nos valeurs subjectives⁴³. Or, ce constat est contredit par la réalité empirique, puisque « si l'on dénie toute signification à la norme, *considérée comme objectivement valable* [...] ce sont [des] milliers de propositions dans lesquelles s'exprime quotidiennement la vie juridique qui seraient dépourvues de signification »⁴⁴. Le droit se présente alors comme étant objectivement valide, d'où le besoin d'introduire une norme fondamentale afin de l'étudier, quitte à ne plus voir dans un système juridique qu'un faisceau de commandements dépourvus de signification normative pour ceux qui n'acceptent pas les valeurs de celui qui commande⁴⁵.

39. J. RAZ, « On the Nature of Law », p. 112 : « [...] law necessarily claims legitimate authority. It follows, of course, that where a legal system is in force many, most notably its officials, believe that claim to be justified. What does not follow is that it is justified ». Sur cette distinction, voir aussi *infra*, II.A.1.b.

40. L. GREEN, « Legal Obligation and Authority », p. 542.

41. J. RAZ, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », p. 134. Voir aussi *supra*, note 11 et les références citées.

42. *Théorie pure du droit*, p. 25 : « Une norme objectivement valable qui pose qu'une certaine conduite doit avoir lieu fonde une valeur positive et une valeur négative. La conduite accordée à la norme a une valeur positive ; la conduite qui y contredit a une valeur négative ».

43. *Ibid.*, p. 26 : « [les] normes établies par des hommes, et non pas par une autorité supra-humaine, ne fondent que des valeurs relatives ». Au même passage, Kelsen précise que, faute d'une norme objectivement valable, la valeur « bonne » d'une conduite voulue par un commandement n'existe que pour celui qui commande, et non pas pour celui qui est commandé.

44. *Ibid.*, p. 113 (nous soulignons).

45. Cf. A. SOMEK, « Dynamique juridique : une brève réflexion », in : O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen : Forme du droit et politique de l'autonomie*, p. 97 : en tant que réponse à « la question du fondement de la prétention du droit à la validité », la norme fondamentale « offre un *pessimisme sans fond* » (nous soulignons).

Toutefois, fondé sur l'idée d'une séparation radicale entre le droit et les faits, le présupposé de la norme fondamentale ne peut pas expliquer pourquoi certains faits sont en premier lieu aptes à recevoir une signification normative. En d'autres termes, Kelsen n'explique pas, et il ne jugeait pas nécessaire d'expliquer⁴⁶, pourquoi ce phénomène social qu'on appelle « droit » est-il apte à être décrit dans des termes normatifs, fut-ce à l'aide de la norme fondamentale⁴⁷. Or, il serait impossible d'identifier les faits concrets que la norme fondamentale nous permet d'interpréter en termes normatifs si ces mêmes faits n'avaient déjà reçu une telle interprétation par ceux qui participent à un système juridique⁴⁸. En ce sens, la norme fondamentale indiquait déjà le pas en avant qu'une théorie positiviste moins préoccupée de l'idée de pureté aurait à effectuer : se pencher sur le lien entre le droit et les faits afin de repérer ce qui rend possible l'interprétation normative de certains faits non pas par la science du droit, mais par ceux même qui participent à un système juridique⁴⁹. Le pas décisif vers cette direction a été effectué avec le concept de règle de reconnaissance qui doit beaucoup, à l'aveu de Hart lui-même, au concept de norme fondamentale⁵⁰.

46. De façon générale, Kelsen considère que seules les questions relatives au « comment », par opposition à celles relatives au « pourquoi », peuvent être saisies par une science juridique : S. PAULSON, « The Great Puzzle : Kelsen's Basic Norm », in : L. ALMEIDA, J. GARDNER, L. GREEN (dir.), *Kelsen revisited*, p. 43-61, spéc. p. 45-49.

47. Kelsen se contente de deux précisions : (a) que les données empiriques interprétées à l'aide de la norme fondamentale doivent correspondre à « un ordre de contrainte somme tout efficace » ; (b) qu'il n'est pas nécessaire que cet ordre de contrainte soit reconnu comme un ordre juridique par ceux qui y sont soumis : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, respectivement, p. 203 et p. 221 n. 16. Or, ces conditions constituent une pétition de principe dans la mesure où « il ne pourrait pas y avoir d'ordre juridique, en tant que phénomène social (un tel "ordre" serait donc ineffectif), s'il n'était [déjà] considéré comme un système normatif valide » : A. SOMEK, « Dynamique juridique : une brève réflexion », p. 96.

48. Sur la difficulté de Kelsen d'expliquer comment on peut identifier les faits auxquels la norme fondamentale s'applique, voir S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 55 et s. Sur son refus de prendre en compte la reconnaissance du caractère normatif de ces faits par les participants à un système juridique, voir B. VAN ROERMUND, « Norm-Claims, Validity and Self-Reference », p. 31-32 ; J. RAZ, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », p. 140-141 ; I. STEWART, « Kelsen and the Exegetical Tradition », in : R. TUR et W. TWINING, *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 130-131.

49. S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 59.

50. Selon Hart, l'idée de norme fondamentale, « contains a great insight, and provides the essentials of an explanation of how it is that the law may be described in terms of rights or duties and validity even by one who does not believe in its moral binding force », H.L.A. HART, « Answers to Eight Questions », interview de Hart donnée en 1988, reproduite in : L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS, A. DOLCETTI (dir.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford, Portland, Hart publishing, 2013, p. 283. L'influence de Kelsen, « auteur de génie » qui était « le juriste

B. La relation entre le droit et les faits.

Contrairement à la thèse du « juriste normativiste », le positivisme analytique met au cœur de ses analyses la relation entre le droit et les faits, dans la mesure où il considère que le droit est ultimement ancré sur un faisceau de pratiques sociales. En ce sens, la question des fondements du droit, loin d'être évacuée, constitue le noyau dur du positivisme analytique, pourvu que par le terme « fondements » on entende certaines pratiques sociales, et non pas les raisons morales qui justifient ou pourraient justifier lesdites pratiques. Avec la parution du *Concept de droit*⁵¹, le positivisme opère son tournant décisif vers l'examen des faits sociaux qui rendent possible l'existence du droit.

Dans cet ouvrage, Hart poursuit le même objectif que Kelsen : préserver la spécificité de la normativité du droit sans la réduire ni à une normativité morale ni à une simple factualité de domination et d'obéissance⁵². Il ne partage pas pour autant la scission radicale entre le *Sein* et le *Sollen*, ce qui lui permet d'ancrer la normativité dans des faits sociaux⁵³. Cette différence entre Kelsen et Hart se

analytique le plus éminent du vingtième siècle » (*ibid.*, p.292, 287, notre traduction), est d'ailleurs attestée par les analyses que Hart consacre aux différences qui séparent la norme fondamentale de la règle de reconnaissance : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 309 et s. [p.292 et s.].

51. Ouvrage que Hart qualifie comme « un essai en sociologie descriptive », *Le concept de droit*, p. 12 [p. vi]. Sur la signification de cette formule et, plus généralement, sur le double aspect, descriptif et conceptuel, de la théorie de Hart, voir P. CHIASSONI, « The Model of Ordinary Analysis », in : L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS, A. DOLCETTI (dir.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, p. 247-267, spéc. 250-251 ; L. GREEN, « Introduction », in : H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3^e éd., p. xlv-lix ; S. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », in : J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 311-354, spéc. p. 314 et p. 319 et s.

52. Selon Hart « Kelsen's greatest achievement as a jurist was to have insisted that all reductive analyses of legal statements (statements of legal rights and duties) must be resisted and the fully normative character of such statements must be maintained », « Answers to Eight Questions », p. 289. Pour une comparaison de l'approche antiréductionniste de deux auteurs, voir S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 61 et s. ; S. DELACROIX, « Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted », *Ratio Juris*, 17, 2004, p. 501-520 ; T. SPAAK, « Kelsen and Hart on the Normativity of Law », in : *Perspectives in Jurisprudence : Essays in Honor of Jes Bjarup*, Stockholm, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005, p. 397-414, accessible sur : <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf>.

53. Selon Hart : « References to both psychological and social facts, which Kelsen's theory in its excessive purity would exclude, are in fact quite indispensable for the understanding of many different aspects of law [...] no acceptable account of the existence of separate systems of law or the relations between municipal and international law can be given if such facts are excluded », H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 18 (nous soulignons).

manifeste dans la façon dont chaque auteur saisit la relation entre la normativité et la validité du droit⁵⁴.

Plus précisément, Kelsen ne distingue pas la validité de la normativité du droit⁵⁵. Il en est ainsi pour deux raisons. En premier lieu, si une norme ne peut tirer sa validité que d'une autre norme, il s'ensuit qu'il ne peut pas y avoir de normes qui ne font pas partie d'un système normatif donné, ce qui revient à dire que la validité, en tant qu'appartenance à un système normatif, est l'équivalent de l'existence même des normes ou, selon la formule de Kelsen, que la validité est « le mode spécifique d'existence des normes »⁵⁶. Toutefois, et en deuxième lieu, l'isolation de la validité de toute considération factuelle, y compris de considérations pragmatiques relatives à la façon dont les agents d'un système normatif raisonnent et agissent en fonction des normes, ne permet pas à Kelsen de distinguer clairement entre deux questions : pourquoi un acte est-il normatif et en quoi consiste le fait d'être normatif ? En effet, Kelsen considère que la deuxième question relève plus ou moins d'une évidence, la normativité étant l'expression d'un devoir-être et le devoir-être étant, à son tour, une notion élémentaire qui ne peut pas être davantage analysée⁵⁷. Kelsen se concentre alors sur la première question : il vise à repérer les conditions qui rendent possible l'existence des actes qui peuvent avoir une signification normative, ce qui nous ramène à la question de la validité décrite ci-dessus. Par conséquent, Kelsen ne distingue pas entre, d'une part, l'identification des conditions qui doivent être réunies pour qu'un acte puisse avoir une signification normative et, d'autre part, l'explication de ce en quoi consiste le fait d'avoir une signification normative⁵⁸.

54. Ainsi, Hart remarque que les idées de Kelsen sur la validité sont « très particulières » (“highly idiosyncratic”): « Kelsen Visited », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 302.

55. Sur les problèmes que l'absence d'une telle distinction soulève, voir B. CELANO, « Validity as Disquotation », in : R. GUASTINI et P. COMANDUCCI (dir.) *Analisi e diritto 1999*, Turin, Giappichelli, 2000, p. 35-77, et aussi *supra*, note n° 11 et les références citées.

56. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 18 ; H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 81. De plus, Kelsen s'attache à un monisme normatif suivant lequel l'unité d'un système normatif implique nécessairement l'existence d'une seule chaîne de validité et, par conséquent, l'existence d'une seule norme fondamentale. Sur cette conception moniste, voir H.L.A. HART, « Kelsen's Doctrine of the Unity of Law », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 334 et s. ; J. RAZ, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », p. 127-129.

57. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p.14 et la note 1 où Kelsen reprend le concept de « notion simple » que Moore emploie à propos de la notion de « bien » : selon Kelsen, le « devoir-être », comme le « bien », est « une notion simple [qui] n'est pas susceptible d'être définie, ni – cela revient au même – d'être analysée ».

58. De plus, Kelsen ne distingue pas entre les conditions de validité juridique, d'une part, et l'existence du droit en tant que phénomène social, d'autre part. Il s'avère alors que le concept de validité en tant que « mode spécifique d'existence des normes » est un concept *holiste*, en ce sens

Hart en revanche distingue la validité de la normativité à la suite d'une réflexion qui aspire à repérer les conditions pragmatiques qui doivent être réunies pour que le langage normatif que nous employons à propos du droit puisse avoir de sens⁵⁹. En effet, dans notre langage ordinaire les propositions « la norme N pose l'obligation de faire φ » et « la norme N est valide » sont liées mais non pas réductibles l'une à l'autre : la première indique la *raison* pour laquelle « φ » doit être fait, tandis que la deuxième indique les critères que N doit remplir pour qu'elle puisse fournir une telle raison. Hart distingue alors la normativité de la validité en tant qu'il distingue, respectivement, la façon dont nous traitons certains actes et faits comme normatifs, et les critères que nous utilisons afin d'identifier ces actes et faits.

Concernant la première question, Hart commence son analyse par une remarque empirique : d'un point de vue externe – à savoir, du point de vue de celui qui observe une pratique sociale sans prendre en compte la façon dont les participants la conçoivent – un système juridique consiste en un faisceau d'habitudes convergentes d'obéissance : une large partie de la population obéit régulièrement aux commandements que certaines personnes énoncent dans certaines formes et d'après certaines procédures⁶⁰. Hart insiste toutefois sur l'idée que ces faits, pris en eux-mêmes, sont sans apport normatif : le simple fait de commander à quelqu'un ne fait pas de ces commandements des normes, et le simple fait d'obéir à ces commandements, fût-ce de façon régulière, ne suffit pas pour générer une obligation juridique correspondante⁶¹. Selon Hart, la normativité de ces pratiques dépend d'une attitude pratique spécifique de ceux qui y participent. Il s'agit d'une attitude que Hart appelle « le point de vue interne ». Ceux qui adoptent ce point de vue entretiennent une « attitude réflexive critique » vis-à-vis des pratiques en question en les traitant non pas comme de simples constats sur ce qui est fait ou de simples prévisions sur ce qui sera fait, mais comme des critères qu'ils doivent adopter afin d'évaluer leur propre conduite ainsi que la conduite des autres⁶². Pour

qu'il rend réductibles en une seule qualité trois qualités distinctes dont dépend l'existence du droit : l'existence de certaines pratiques sociales qui peuvent être décrites comme un système normatif valide, l'appartenance d'une norme à ce système normatif et, enfin, la normativité des normes juridiques en tant que qualité relative à la façon dont celles-ci guident le comportement.

59. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 67. Pour une pénétrante analyse de la démarche suivie par Hart et de ses implications philosophiques, voir G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law : Objectivity and Practice in Legal Theory*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2007, p. 163 et s.

60. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 73 [p. 54].

61. *Ibid.*, p. 73-74 [p. 55] ; H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 59-60.

62. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 74-76 [p. 55-57]. La littérature sur la distinction entre le point de vue externe et le point de vue interne ainsi que sur l'attitude pratique que ce dernier

illustrer cette différence, Hart fait appel à notre aptitude à distinguer la situation décrite par l'expression « j'ai l'obligation de faire φ », de la situation décrite par l'expression « je suis obligé de faire φ »⁶³. Comme la différence entre les deux situations relève non pas de notre conduite, mais de la raison pour laquelle nous avons adopté cette conduite, il s'avère, respectivement, que le droit est normatif en ce qu'il peut faire une différence non pas dans le comportement de ses sujets, mais dans la délibération pratique dont ce comportement procède et en fonction de laquelle il est évalué : pour que certaines pratiques puissent fonder un système juridique, il ne suffit pas que la conduite des sujets se plie effectivement aux commandements des autorités ; il faut encore qu'elle soit *guidée* ou *orientée* par ceux-ci⁶⁴.

Concernant la question de la validité, Hart partage avec Kelsen l'idée que la validité relève de l'appartenance d'une règle à un système juridique. Mais, contrairement à Kelsen, Hart ne conçoit pas cette relation d'appartenance dans des termes purement formels, à savoir comme une chaîne de validité composée de normes qui sont identiques du point de vue de leur qualité d'être la source de validité d'une autre norme ; il conçoit la relation d'appartenance comme une interconnexion entre deux types de règles qui diffèrent quant à leurs fonctions en tant que composants d'un système juridique. Plus précisément, Hart remarque que les systèmes juridiques développés comportent non seulement des règles relatives à la conduite de leurs sujets, mais aussi des règles relatives à la façon dont ces règles doivent être identifiées, amendées ou supprimées et appliquées⁶⁵. Hart appelle le premier type de règles « règles primaires » et le deuxième type « règles secondaires »⁶⁶. Pour Hart, cette articulation entre règles primaires et règles

implique est très abondante. Voir à titre indicatif le numéro spécial de la revue *Fordham Law Review*, 75, 2006, et surtout les contributions de S. SHAPIRO, « What is the Internal Point of View ? » et S. PERRY, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », respectivement p. 1157-1170 et p. 1171-1209. Pour présentation plus sommaire, voir N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 47-55. Pour une appréciation critique, voir G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law*, p. 173 et s. (voir aussi, *infra*, II.B).

63. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 102-109 [p. 82-89]. Sur cette distinction et ses implications pour l'explication de la normativité juridique, voir G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law*, p. 169-171.

64. Plus analytiquement : S. SHAPIRO, « On Hart's Way Out », in : J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, p. 149-191, spéc. p. 153-156. Voir aussi *infra*, B.2.a.

65. H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 119 et s. [p. 100 et s.].

66. Plus analytiquement, voir N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, p. 31 et s., et surtout les analyses critiques de G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, p. 211 et s.

secondaires constitue l'un des traits essentiels du droit⁶⁷ : elle explique le caractère institutionnel de celui-ci, et notamment la continuité des systèmes juridiques, et constitue un trait qui distingue les ordres juridiques des autres ordres normatifs. La validité, en tant qu'appartenance à un système d'interconnexion entre règles primaires et règles secondaires, relève par conséquent des critères fournis par ces dernières quant aux conditions qu'une règle (primaire ou secondaire) doit satisfaire pour qu'elle puisse faire partie d'un système juridique donné⁶⁸.

Bien évidemment, cette conceptualisation n'est pas moins exposée que la théorie de Kelsen au problème de la régression à l'infini : il faut qu'une règle secondaire d'identification soit elle-même identifiée comme telle à l'aide d'une autre règle secondaire. La réponse à ce problème est la règle de reconnaissance. Cette règle fournit les ultimes critères de validité, c'est-à-dire les critères en fonction desquels peuvent être identifiés tous les autres critères de validité et, corrélativement, toutes les autres règles d'un système juridique donné. Ces critères, et donc le contenu de la règle de reconnaissance, résultent de la pratique d'une partie de la population, et notamment de ceux qui sont des agents des organes de production et d'application du droit : ceux-ci acceptent un critère ou un ensemble de critères en fonction desquels ils déterminent en dernier ressort les sources du droit, à savoir ce qui compte effectivement comme droit au sein d'un système juridique donné⁶⁹.

Acceptée par une partie des participants à un système juridique, et notamment par les organes de celui-ci, la règle de reconnaissance est normative : ceux qui adoptent le point de vue interne vis-à-vis des pratiques dont cette règle est

67. Voir pourtant G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, p. 213 et s. sur le contenu fluctuant de la distinction entre règles primaires et règles secondaires. En effet, Hart recourt indistinctement à cette idée pour désigner plusieurs types de distinction entre les règles d'un système juridique. Parmi ces distinctions, les plus importantes sont celles qui opposent les règles : (a) selon qu'elles imposent des obligations ou confèrent des compétences ; (b) selon qu'elles guident la conduite des citoyens ou des autorités juridiques. Sans pouvoir creuser davantage ce problème, on se contentera de remarquer que la distinction entre règles primaires et règles secondaires aspire à montrer que l'existence d'un système juridique dépend de l'articulation de divers types de règles qui diffèrent non seulement d'un point de vue hiérarchique, mais de plus, et surtout, du point de vue de leurs *fonctions sociales*, c'est-à-dire du point de vue, d'une part, de la façon dont ces règles guident notre conduite et, d'autre part, des objectifs qu'elles nous permettent de poursuivre.

68. Sur la validité en tant qu'appartenance, voir G. LAMOND, « The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System », in : L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS, A. DOLCETTI (dir.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, p. 97-122, spéc. p. 103-105.

69. H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 125-126, [p. 107] et p. 166-172 [p. 147-154]. Sur le concept de règle de reconnaissance en général, voir N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, p. 134 ; G. LAMOND, « The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System » ; S. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2011, Chap. 4, spéc. p. 86-87.

issue reconnaissent les critères de validité que celle-ci fournit non pas comme de simples indices de ce qui compte effectivement comme une source de droit, mais comme des règles relatives à ce qui doit être reconnu comme étant une source de droit⁷⁰. La règle de reconnaissance n'est pour autant pas valide : elle est simplement acceptée, ce qui veut dire que, d'une part, les critères qu'elle fournit sont effectivement employés par les organes de production et d'application du droit et que, d'autre part, l'acceptation de ces critères est la condition qui rend intelligibles en tant qu'actes normatifs – par opposition à de simples données factuelles de commandement et d'obéissance – tous les actes d'édiction et d'application de règles juridiques entrepris dans le cadre du système juridique concerné⁷¹. Hart souligne toutefois, dans un passage qui fait clairement allusion au concept de norme fondamentale, que le défaut de validité n'implique en aucune façon l'idée que la règle de reconnaissance doit être présupposée : quoique non valide, cette règle est bien existante en raison, précisément, du fait qu'elle est acceptée⁷². L'existence d'une règle de reconnaissance relève alors d'une question de fait, à savoir d'une pratique effectivement suivie et empiriquement constatable au sein d'une communauté politique donnée⁷³.

Issue d'une pratique et étant la source des critères ultimes de validité sans être elle-même valide, la règle de reconnaissance est la règle suprême d'un système juridique : elle fournit les critères de validité pour les autres règles sans qu'il y ait une justification juridique quant aux raisons pour lesquelles il faut l'accepter⁷⁴.

70. J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 376-377.

71. H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 126-128, [p.108-109]. Selon Hart, au lieu d'affirmer que la règle de reconnaissance n'est pas valide, il serait plus exacte d'affirmer que la question de validité ne peut pas se poser à propos de cette règle : dès lors que la validité n'est concevable qu'à l'intérieur d'un système juridique, le concept de validité ne peut pas s'appliquer à la règle qui fixe les critères d'appartenance à ce système.

72. *Ibid.*, p. 127 [p. 108]

73. *Ibid.*, p. 129 [p. 110].

74. J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », p. 378 ; J. RAZ, « Legal Reasons, Sources and Gaps », in : *The Authority of Law*, p.68-69. Plusieurs auteurs ont pu remarquer que cette distinction rend la règle de reconnaissance inapte à expliquer le phénomène du droit constitutionnel. Selon cette critique, l'idée de règle de reconnaissance est soit redondante, soit erronée : c'est une idée redondante s'il s'agit simplement d'affirmer que les agents d'un système juridique reconnaissent le caractère obligatoire de la constitution en tant que source des critères ultimes de validité ; c'est une idée erronée s'il s'agit d'affirmer que les agents ont certaines raisons pour reconnaître ce caractère obligatoire de la constitution, puisque cette reconnaissance s'appuie non pas sur l'existence d'une pratique constitutionnelle, mais sur les raisons substantielles de philosophie morale et politique qui sous-tendent cette pratique. En ce sens, et à titre indicatif, voir P. ELEFThERIADIS, « Hart on Sovereignty », in : L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS,

Or, là est le point où l'enquête de Hart sur les fondements du droit s'arrête : soulignant que lorsqu'on se pose une question relative aux raisons de l'acceptation de la règle de reconnaissance on ne se pose plus une question relative à la validité juridique⁷⁵, Hart se contente de remarquer que ces raisons peuvent être variées, et non pas nécessairement morales⁷⁶.

Le positivisme analytique contemporain prolonge les thèses avancées au *Concept de droit* en franchissant les frontières au sein desquelles tant Hart que Kelsen avaient voulu sécuriser la théorie générale du droit. On emploie le terme « sécuriser » parce que tous les deux auteurs font preuve d'un scepticisme très marqué à l'égard des fondements du droit, conscients semble-t-il de l'asymétrie qui se dessine entre l'autorité dont se réclame le droit et le caractère plus prosaïque des raisons pour lesquelles les hommes reconnaissent une telle autorité au droit⁷⁷. Ainsi, ils s'intéressent seulement aux fondements de la validité et de la normativité des règles juridiques, et non pas aux fondements des pratiques par lesquelles ces règles sont posées.

Quoique le positivisme analytique contemporain insiste sur l'idée que les raisons justifiant ces pratiques sont contingentes et inaptes à expliquer la validité et la normativité du droit, il remet au cœur de la théorie du droit les concepts d'autorité et de légitimité : il s'agit de défendre l'idée que le droit est ultimement ancré sur certaines pratiques et que ces pratiques comprennent la prétention

A. DOLCETTI (dir.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, p. 59-79, spéc. p. 69 et s. ; J. WALDRON, « Who Needs Rules of Recognition ? », in : M. ADLER et K.E. HIMMA (dir.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 327-349. Le lien entre la règle de reconnaissance et le droit constitutionnel ne peut pas être étudié dans le cadre du présent article. Voir pourtant *infra* II.B pour la distinction établie par Hart entre l'acceptation de la règle de reconnaissance et les raisons de cette acceptation.

75. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 126-127 [p. 108] : « lorsque nous passons de l'affirmation selon laquelle une loi particulière est valide à l'affirmation selon laquelle la règle de reconnaissance du système est excellente [...] nous passons d'un jugement de validité juridique à un jugement de valeur ».

76. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 220-221 [p. 203] : « Il n'y a en effet aucune raison qui empêche ceux qui acceptent l'autorité du système d'interroger leur conscience et de décider que, moralement, ils ne doivent pas l'accepter, mais que, pour diverses raisons, ils continuent à agir ainsi ». Ces raisons peuvent être aussi prosaïques que « [les] calculs d'intérêt à long terme » ou « le simple désir d'agir comme les autres » (*ibid.*). Dans le Postscript de la deuxième édition du *Concept de droit*, Hart précise que ces raisons d'acceptation « peuvent coexister avec une conscience plus ou moins vive de ce que les règles sont moralement discutables », et réaffirme que « lorsque la question se pose de savoir pourquoi ceux qui ont accepté des règles conventionnelles comme guide pour leur comportement ou comme critères d'évaluation l'ont effectivement fait, je ne vois aucune raison pour retenir parmi les nombreuses réponses à donner la conviction de la justification morale des règles comme la seule réponse » (*ibid.*, p. 275 [p. 257]). Voir aussi, *infra*, II.B.

77. Voir les analyses en ce sens de S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 89 et s.

du droit d'être une autorité légitime, mais non pas la vérité de cette prétention. On examinera cette idée dans la deuxième partie de la présente étude. On se contentera ici de remarquer, en conclusion à cette première partie relative aux malentendus qui entourent le positivisme, que, dans la théorie de Hart et, *a fortiori*, dans la littérature positiviste contemporaine, la relation entre le droit et les faits, loin d'être expulsée, constitue le noyau dur du positivisme. Quelle que soit alors la pertinence des thèses positivistes, il s'avère que sont mal fondées les critiques qui prônent l'abandon du positivisme au motif que celui-ci écarte par principe toute question qui va au-delà des textes du droit positif ou de la volonté qui les pose. Le positivisme analytique s'avère ainsi incompatible avec l'idée très répandue suivant laquelle le positivisme ne s'intéresse pas aux fondements du droit : ce qui rend positiviste une théorie du droit n'est pas le désintéret pour les fondements du droit ou, plus généralement, pour la relation du droit avec les faits et la morale ; c'est l'idée que les fondements du droit s'épuisent en un faisceau de pratiques sociales, quelles que soient les raisons morales qui justifient ces pratiques. L'abandon du positivisme doit alors être justifié par des arguments qui sont opératoires non seulement face à la pureté de la *Théorie Pure*, mais aussi face aux thèses du positivisme analytique. Nous tenterons désormais de présenter certaines de ces thèses aussi brièvement que possible.

II. CE QU'EST LE POSITIVISME ANALYTIQUE

Par « positivisme analytique » on entend les théories positivistes qui ont été développées principalement dans le cadre académique anglo-américain, et dont la généalogie remonte à Hobbes, Austin et Bentham⁷⁸, mais qui se construisent aujourd'hui dans le sillage de l'œuvre de Hart⁷⁹. L'adjectif « analytique » atteste

78. Sur Austin et Bentham, voir F. SCHAUER, « Positivism Before Hart », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 24, 2011, p. 455-471. Sur Hobbes, voir D. DYZENHAUS, « Why Positivism is Authoritarian », p. 86 et s., et p. 102-103 ; S. COYLE, « Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 16, 2003, p. 243-270. Pour la formation historique des présupposés philosophiques du positivisme analytique, voir S. COYLE, *From Positivism to Idealism : A Study of the Moral Dimension of Legality*, Burlington, Ashgate, 2007.

79. L'influence de l'œuvre de Hart fut telle qu'il a pu être soutenu que « in Anglo-American legal theory, legal positivism has become, in a sense, merely a series of elaborations, emendations, and clarifications of H.L.A. Hart's work [...] », B. BIX, « Legal Positivism », in : M.P. GOLDING et W. EDMUNSDON (dir.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, p. 32. Plus encore, cette influence ne concerne pas seulement le positivisme mais, en général, toute la philosophie du droit anglophone, le *Concept de Droit* étant considéré comme l'ouvrage qui « changed the direction of Anglo-American legal theory. For one thing, it introduced and clarified a set of questions that came to dominate the literature [and] it also coined the idiom

de l'affiliation de ce courant du positivisme avec la philosophie analytique et, symétriquement, sa prise de distances d'avec la philosophie continentale, souvent perçue comme obscure ou même dénuée de rigueur conceptuelle⁸⁰. Cette affiliation se manifeste aujourd'hui sur deux registres : d'une part, sur l'importance accordée au langage et à l'analyse conceptuelle, à savoir sur l'idée que l'analyse des concepts que nous employons communément à propos d'une chose peut nous révéler certains traits essentiels de la chose elle-même ; d'autre part, sur l'importance accordée à l'idée que les phénomènes complexes doivent être décomposés en des entités plus concrètes dont chacune peut nous révéler un trait essentiel du phénomène étudié⁸¹.

Certes, cette conception de la façon dont il faut philosopher est partagée tant par les théories positivistes que par les théories antipositivistes qui s'inscrivent dans le courant de la théorie analytique du droit⁸². En plus, la prolifération des

in which we debate the answers to such questions [all of which] are now part of cultural literacy for legal theorists writing in English », L. GREEN, « The Concept of Law Revisited », *Michigan Law Review*, 94, 1996, p. 1688. Voir pourtant la pénétrante critique, venant du camp de la philosophie continentale du droit, selon laquelle l'hégémonie de la théorie hartienne s'est accompagnée, entre autres, d'un repli du positivisme analytique sur soi-même : A. SOMEK, « The Spirit of Legal Positivism », *German Law Journal*, 12, 2011, p. 729-756.

80. Voir D. WEST, « Continental Philosophy », in : R. GOODIN *et al.* (dir.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy. Volume 1*, 2^e éd., Malden, Blackwell Publishing, 2007, p. 37 : « The allusive and occasionally opaque style of philosophy in the continental mode is taken to define continental philosophy as the "other" of analytical clarity and rigour ». Cet auteur précise pour autant que l'opposition des deux camps philosophiques s'appuie souvent sur des malentendus et sur une méconnaissance mutuelle. Sur l'origine et les contours imprécis de cette opposition, voir aussi H.-J. GLOCK, *What is Analytic Philosophy ?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, spéc. p. 168 et s. sur la façon dont la clarté des philosophes continentaux est souvent sous-estimée.

81. Pour un tel programme méthodologique en général, voir les très influent ouvrage de P. WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 2^e éd., introd. par R. Gaita, Abingdon, [1990, 1^{ère} éd. 1958] 2008, p. 10 et s. Il importe de remarquer que Hart lui-même se réfère aux analyses de Winch sur la compréhension des phénomènes sociaux, ces analyses étant à leur tour inspirées des idées respectives de Weber : *ibid.*, p. 104 et s. ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 306 [p. 289]. Pour le programme analytique de la philosophie du droit en particulier, voir H.L.A. HART, « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », in : H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 271 et s. ; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, p. 23 et s. ; N. MACCORMICK, « On Analytical Jurisprudence », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Supplementa*, 1, 1979, p. 29-41. Pour une appréciation critique de la méthode d'analyse conceptuelle adoptée par le positivisme analytique, voir G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law*, p. 173 et s. ; N. STAVROPOULOS, « Hart's Semantics », in : J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, p. 59-98.

82. Les divergences entre les positivistes et les antipositivistes portent surtout sur la portée descriptive de l'analyse conceptuelle. Selon John Finnis, par exemple, un aspect que rend le projet positiviste « incohérent » est son incapacité à prendre en compte « [the] basic distinction between (i) enquiries about what *is* (or *was*, or *is likely*) and (ii) enquiries about what *ought* to be » : J. FINNIS, « On the

travaux au sein de celle-ci s'est accompagnée d'une multitude d'arguments pour ou contre le positivisme qui sont très complexes mais aussi très ponctuels quant à leur objet, de sorte qu'il ne est pas aisé d'identifier le positivisme et l'antipositivisme à un ensemble précis de thèses qui sont partagées par tous les auteurs qui se réclament de l'une ou de l'autre école⁸³. Toutefois, il y a une ligne de démarcation, fût-elle vaguement tracée, qui est communément utilisée pour distinguer les deux écoles et consiste en l'identification du positivisme avec deux thèses : la « thèse des faits sociaux » et la « thèse de la séparabilité »⁸⁴. La portée exacte de ces thèses peut différer considérablement d'un auteur à l'autre, mais l'idée de principe défendue par chacune de celles-ci peut être formulée ainsi : selon la thèse des faits sociaux, ce qui vaut comme droit dans un pays donné n'est que le produit de certains faits, voire de certaines pratiques sociales ; selon la thèse de la séparabilité, il n'y a aucune relation nécessaire, mais simplement des relations *contingentes*, entre le droit positif établi par ces pratiques et la morale.

Un troisième trait caractéristique du positivisme analytique consiste en l'abandon de la thèse – élaborée par Austin mais remontant déjà à la théorie de la souveraineté de Hobbes – suivant laquelle la normativité du droit s'explique par l'unilatéralité des commandements du souverain et par les sanctions attachées à ces commandements. Au lieu de cette thèse, les théories analytiques du droit, tant positivistes qu'antipositivistes, insistent sur le caractère pratique du droit : d'une part, elles conçoivent la normativité en général – morale ou juridique – comme un phénomène qui relève de notre raison pratique ; d'autre part, elles visent à expliquer la normativité juridique en fonction de la façon dont le droit influe, ou aspire à influencer, sur notre raisonnement pratique⁸⁵. Il ne va cependant pas de soi que la

Incoherence of Legal Positivism », *Notre Dame Law Review*, 75, 2000, p. 1604. Voir les analyses plus détaillées du même auteur in : J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, chap. 1 et p. 426 et s. Sur l'impossibilité de saisir les traits essentiels du phénomène juridique par une analyse conceptuelle purement descriptive, voir aussi : R. ALEXI, « The Nature of Arguments about the Nature of Law », in : L. MEYER *et al.* (dir.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 3-16 ; R. ALEXI, « The Nature of Legal Philosophy », et G. PAVLAKOS, « Normative Knowledge and the Nature of Law », in : S. COYLE, G. PAVLAKOS (dir.), *Jurisprudence or Legal Science ?*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2005, respectivement, p. 51-62 et p. 89-125 ; G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law*, chap. 7.

83. Pour une synthèse concernant le positivisme : J. DICKSON, « Legal positivism : Contemporary Debates ». Concernant les principaux points de désaccord entre les théories positivistes et les théories antipositivistes, voir M. MURPHY, « Natural Law Jurisprudence », p. 241-267.

84. J. COLEMAN et B. LEITER, « Legal Positivism », in : D. PATTERSON (dir.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2^e éd., Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, p. 228.

85. Pour une explication du caractère pratique de la normativité, voir S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 145 et s. Pour une synthèse des débats en la matière, voir R. SHINER, « Law and Its Normativity », in : D. PATTERSON, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, p. 417-445.

thèse des faits sociaux soit compatible avec la thèse sur la nature pratique du droit : si la normativité du droit relève de notre raison pratique, il n'est guère évident que notre raisonnement pratique ne comporte pas de délibérations morales lorsqu'il s'agit d'identifier les faits dont dépend l'existence du droit. Saisir alors ce qui est spécifique à la normativité juridique appelle à élucider la façon dont le droit s'adresse au raisonnement pratique des individus. On examinera cette relation (B) après avoir présenté brièvement les positions principales avancées aujourd'hui relativement à la thèse de la séparabilité et à la thèse des faits sociaux (A).

A. La thèse de la séparabilité et la thèse des faits sociaux.

À première vue, la thèse de la séparabilité et la thèse des faits sociaux paraissent coextensives, sinon identiques : de l'idée suivant laquelle ce qui compte comme droit n'est que le produit de certains faits, ce qui revient à dire qu'il n'y a pas de droit en dehors et au-delà du droit positif, il serait logique de déduire la conclusion que le droit est distinct de la morale. Cette inférence, qui caractérise surtout la littérature antipositiviste française, est erronée : affirmer que le droit n'est que le produit de certains faits ne préjuge rien quant aux éventuelles qualités morales de ces faits et du droit qui en est issu⁸⁶. Il importe alors de distinguer entre, d'une part, la thèse de la séparabilité, dont le rôle au maintien d'une théorie positiviste est beaucoup plus modeste que ne le croient communément les auteurs antipositivistes (1) et, d'autre part, la thèse des faits sociaux qui constitue, elle, le noyau dur du positivisme analytique (2).

1. La thèse de la séparabilité : relations contingentes et relations nécessaires entre le droit et la morale.

La thèse de la séparabilité est souvent décrite comme l'idée suivant laquelle il n'y a aucune relation nécessaire entre le droit et la morale. Ainsi formulée, cette thèse est erronée et explicitement rejetée par des auteurs positivistes : il y a plusieurs façons dont le droit est nécessairement lié à la morale, les plus évidentes étant, d'une part, le fait que le droit est apte à être évalué moralement et, d'autre

86. J. RAZ, « The Institutional Nature of Law », in : J. RAZ, *The Authority of Law*, p. 104. Bien au contraire, la possibilité d'identifier le droit uniquement en fonction de ses sources positives peut constituer en soi une valeur morale dans la mesure où elle offre une garantie de prévisibilité et de stabilité dans l'administration des sources normatives et diminue le risque d'arbitraire de la part des gouvernants. Tel était d'ailleurs le principal argument du constitutionnalisme moderne en faveur des constitutions écrites et contre l'idée de Lois fondamentales de l'Ancien Régime.

part, le fait que le droit se réclame toujours de l'autorité de régler des questions morales. Il faut alors clarifier le type de lien entre le droit et la morale sur lequel porte la thèse de la séparabilité. Le positivisme s'intéresse communément à deux types de lien : celui entre la validité juridique et la morale, et celui entre le concept du droit et la morale.

a) La thèse de la séparabilité et la validité du droit.

C'était au premier type de lien que Hart pensait lorsqu'il identifiait le positivisme avec « la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait »⁸⁷. Ainsi formulée, cette thèse constitue une interprétation *stricto sensu* de la thèse de la séparabilité : il s'agit d'affirmer que la validité des règles juridiques ne dépend pas nécessairement de leurs mérites moraux. Or, la thèse de la séparabilité peut aussi recevoir une interprétation *lato sensu*, relative à la valeur morale du droit lui-même en tant que technique spécifique d'organisation sociale. Une première définition *lato sensu* serait de considérer qu'il n'y a aucun lien nécessaire entre la morale et le fait d'être gouverné par le droit⁸⁸. Une théorie positiviste peut rejeter cette thèse, et accepter même l'idée que le droit, par opposition à d'autres formes d'organisation sociale, est nécessaire pour l'accomplissement de certains objectifs moralement louables, comme le sont, par exemple, la protection des membres les plus faibles d'une société assurée par les droits sociaux, ou la liberté politique assurée par le constitutionnalisme moderne. Ce qu'une théorie positiviste ne peut pas accepter c'est l'idée que ces objectifs doivent être nécessairement satisfaits jusqu'à un certain degré pour qu'un système d'organisation sociale puisse être considéré comme un système juridique. De façon plus générale, une théorie positiviste ne peut pas accepter l'idée que l'existence d'un système juridique constitue une valeur morale en soi qui rendrait le gouvernement par le droit nécessairement préférable à d'autres formes d'organisation sociale⁸⁹, voire préférable à l'état de nature communément évoqué par la philosophie politique moderne pour justifier

87. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 204 [p. 185-186]. *Contra* : L. GREEN, « Positivism and the Inseparability of Law and Morals », p. 1056 qui considère que cette formule n'est pas relative à la validité juridique.

88. J. COLEMAN, « Beyond the Separability Thesis : Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 584, et plus analytiquement J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 162 et s.

89. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 167 ; M. KRAMER, *In Defense of Positivism : Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 204-209, p. 254 et s.

l'autorité du droit positif. En ce sens, la thèse de la séparabilité *lato sensu* relève des deux questions évoquées plus haut, à savoir la question de la faillibilité morale du droit et celle de l'obligation morale d'obéir à celui-ci⁹⁰.

Toutefois, le dénominateur commun des deux interprétations de la thèse de la séparabilité demeure la question du lien entre la moralité et la validité du droit – d'une loi particulière ou d'un système juridique *in globo*. De ce fait, une formulation de la thèse de la séparabilité qui pourrait combiner les deux interprétations serait la suivante : la validité d'une loi ne dépend pas de ses mérites moraux, qu'il s'agisse des mérites de son contenu ou des mérites de ses sources, à savoir de la légitimité de l'autorité qui l'a édictée ou, plus généralement, de la légitimité du système juridique dont cette autorité fait partie⁹¹. Lorsque Hart identifiait le positivisme avec la thèse de la séparabilité, il voulait alors établir comme étant le noyau dur du positivisme la thèse selon laquelle l'existence du droit relève d'une question bien distincte de celle concernant ses mérites de sorte qu'on ne saurait inférer de l'existence d'un système juridique (ou d'une norme particulière) la légitimité de celui-ci (ou de celle-ci)⁹². Or, ainsi conçue, et contrairement à l'idée communément admise qui la considère comme la pierre angulaire du positivisme⁹³, la thèse de la séparabilité relative à la validité du droit constitue une exigence *a minima* qui ne suffit pas pour distinguer une théorie positiviste d'une théorie antipositiviste.

Plus précisément, accepter la thèse de la séparabilité ne signifie pas accepter l'idée qu'il n'y a aucune relation entre la validité et la moralité du droit : il s'agit d'accepter l'idée qu'il n'y a aucune relation *nécessaire* entre les deux. La thèse de la séparabilité est alors compatible avec toute théorie qui accepte une relation *contingente* entre la validité et la moralité du droit. En d'autres termes, la thèse de la séparabilité est satisfaite par toute relation entre le droit et la morale autant qu'il demeure concevable que le droit demeure valide même au cas où cette relation échoue à s'établir. Elle est en revanche incompatible avec toute théorie qui établit un lien quelconque entre le droit et la morale en termes d'une relation nécessaire entre les deux de sorte que la validité du droit positif soit dépendante de la validité

90. Voir *supra*, I.A.

91. Pour la distinction entre la légitimité et la normativité des règles juridiquement valides, voir S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 145 et s. Pour la distinction entre les mérites moraux d'une loi particulière et les mérites moraux d'un système juridique, voir R. ALEXI, *The Argument from Injustice*, p. 28-35, p. 40 et s. ; J. RAZ, « About Morality and the Nature of Law », p. 171 et s. ; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 165 et s.

92. J. COLEMAN, « Beyond the Separability Thesis : Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence », p. 584-585.

93. Sur les malentendus concernant la relation entre le positivisme et la thèse de la séparabilité, voir J. GARDNER, « Legal Positivism : 5½ Myths », p. 202-204, p. 222 et s.

de ses qualités morales⁹⁴. Malgré toutefois sa portée réduite, la thèse de la séparabilité entraîne une importante conséquence : il s'agit de l'idée, présentée plus haut, selon laquelle la validité est moralement inerte, c'est-à-dire inapte à nous informer, par elle-même, sur les éventuels mérites ou démérites moraux d'une loi ou du système juridique dont celle-ci fait partie.

En effet, l'affirmation que la validité du droit positif n'est pas nécessairement dépendante de ses mérites moraux est *prima facie* compatible avec les théories antipositivistes actuellement dominantes : il serait absurde, voire radicalement contraire à nos intuitions les plus élémentaires ainsi qu'à la réalité empirique, de nier le fait qu'il y a des lois qui sont valides en dépit de leur défaillance morale⁹⁵. Ce que les théories antipositivistes nient, c'est la thèse de la faillibilité morale et du caractère instrumental du droit, à savoir l'idée que le droit est également apte à être mis au service de fins iniques et de fins moralement louables. Selon ces théories, une loi moralement défaillante constitue un cas de dérive par rapport aux cas paradigmatiques en fonction desquels on raisonne lorsqu'il s'agit d'identifier quelque chose comme étant du droit. Ces théories défendent alors l'idée suivant laquelle il existe un concept idéal du droit, à savoir un concept du droit tel qu'il devrait normalement être, en fonction duquel on peut saisir le phénomène juridique et identifier ce qui compte comme droit, même comme du droit « dégénéré »⁹⁶. De cette idée, les théories antipositivistes tirent deux conclusions qu'une théorie positiviste ne peut pas accepter. En premier lieu, les théories antipositivistes considèrent qu'il incombe à la philosophie du droit d'identifier, d'une part, les traits essentiels du droit dont dépend notre concept idéal de celui-ci, et de mesurer, d'autre part, les écarts entre cet idéal et le droit positif. En deuxième lieu, les théories antipositivistes considèrent que cet écart, à savoir le degré de « dégénération » du droit, ne peut pas excéder certaines limites : il y a des cas où

94. Il a même pu être soutenu que la thèse de la séparabilité est compatible avec l'idée que le droit possède nécessairement certaines qualités morales, sous condition que sa validité puisse être établie indépendamment de ces qualités : J. COLEMAN, « Methodology », in : J. COLEMAN et S. SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, p. 328. Toutefois, il est permis de douter du caractère positiviste de cette idée dès lors qu'elle est incompatible avec la thèse de la faillibilité morale du droit.

95. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, p. 364 : interprétée littéralement, la célèbre formule « *lex injusta non est lex* » exprime une « proposition contradictoire », voire un « non-sens ». Pour les positions antipositivistes en la matière, voir M. MURPHY, « Natural Law Jurisprudence », p. 245-246.

96. À titre indicatif : R. ALEXY, « On Necessary Relations Between Law and Morality », spéc. p. 171s. ; R. ALEXY, « The Nature of Legal Philosophy » ; R. ALEXY, « The Dual Nature of Law », *Ratio Juris*, 23, 2005, p. 167-182 ; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Chap. I et p. 276 et s. ; G. PAVLAKOS, « On the Necessity of the Interconnection between Law and Morality », *Ratio Juris*, 18, 2005, p. 64-83.

le droit échoue si radicalement à satisfaire certains objectifs moraux, ou des cas où les objectifs qu'il poursuit sont si étrangers par rapport aux objectifs qui pourraient justifier l'autorité des institutions juridiques – le droit nazi étant l'exemple typique des deux types de cas – qu'il ne peut plus être intelligiblement reconnu comme étant du droit⁹⁷. Il s'avère alors que la thèse de la séparabilité relative à la validité du droit n'oppose le positivisme à l'antipositivisme que dans la mesure où les deux théories divergent sur la portée de la thèse de la séparabilité relative au concept de droit.

b) La thèse de la séparabilité et le concept de droit.

Si Hart avait retenu la thèse de la séparabilité concernant la validité du droit, il avait explicitement rejeté la même thèse s'agissant du concept de droit, soulignant que si l'on veut élucider ce concept, c'est-à-dire élucider la nature de la chose que ce concept désigne, on ne saurait consacrer nos efforts à la découverte d'un lien qui serait spécifique entre le droit et la morale : « Il existe de nombreux types de relations différentes entre droit et morale, et l'examen de *la* relation qui existerait entre ces phénomènes ne présente aucun intérêt »⁹⁸.

En effet, la thèse de la séparabilité est erronée, et explicitement rejetée par le positivisme, si elle est conçue comme l'idée suivant laquelle il n'y a aucune relation nécessaire entre le concept de droit et la morale. Cette idée est démentie, par exemple, par deux liens nécessaires entre le concept de droit et la morale déjà évoqués : le droit est nécessairement apte à être moralement évalué et il prétend nécessairement être une autorité légitime. Cette prétention en particulier est nécessairement morale en raison de son contenu et en raison de sa portée. En premier lieu, le droit n'exige pas simplement d'encadrer notre conduite ; il prétend

97. L'argumentation la plus robuste en ce sens a été fournie par R. ALEXY, « A Defense of Radbruch's Formula », in : D. DYZENHAUS (dir.), *Recrafting the Rule of Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 1999, p. 15-39 ; R. ALEXY, *The Argument from Injustice*, p. 40 et s. ; R. ALEXY, « On Necessary Relations Between Law and Morality », p. 176-177 ; R. ALEXY, « The Dual Nature of Law », p. 175 et s. Pour des idées similaires, voir aussi : G. POSTEMA, « The Normativity of Law », in : R. GAVISON (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 81-104, spéc. p. 90-93 ; M. MURPHY, « Natural Law Jurisprudence », p. 246 et s. ; Ph. SOPER, « In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory : Why Unjust Law is No Law at All », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20, 2007, p. 201-223, spéc. 212-213 ; Ph. SOPER, *The Ethics of Deference*, p. 98-99 ; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, p. 363 et s. ; J. FINNIS, « On the Incoherence of Legal Positivism », spéc. p. 1611.

98. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 185 [p. 203]. Dans le même passage, Hart précise qu'« il importe plutôt de distinguer quelques-uns des nombreux sens différents dans lesquels on peut affirmer ou nier l'existence d'un lien entre droit et morale ».

toujours être légitimement investi de l'autorité de le faire. D'autre part, ce « droit de dire le droit » n'est par principe pas limité à une certaine matière : toute question peut faire l'objet d'une réglementation juridique, y compris les questions morales. Plus encore, il y a certaines questions morales qui doivent nécessairement faire l'objet d'une réglementation juridique pour qu'un système juridique soit viable, comme le sont, par exemple, les questions relatives à l'emploi de la force ou au respect des promesses parmi les membres d'une communauté politique.

En ce sens alors, le positivisme affirme que le droit est conceptuellement lié à la morale. Au contraire, ce que le positivisme nie, et ce que les théories antipositivistes affirment, c'est l'idée suivant laquelle le concept de droit doit être lui-même défini à l'aide des concepts moraux. Plus précisément, le positivisme affirme que certains traits essentiels du droit sont liés à la morale, mais il nie l'idée que ces traits sont eux-mêmes moraux, c'est-à-dire identifiables à l'aide d'évaluations morales⁹⁹. Cette différence peut être illustrée par l'exemple suivant : les auteurs positivistes affirment, d'une part, que le droit prétend nécessairement être une autorité légitime mais nient, d'autre part, l'idée défendue par les antipositivistes suivant laquelle cette prétention serait inintelligible si elle était purement et simplement mensongère, ou si elle était fondée sur des arguments moraux pervers, comme la légitimité réclamée en vertu d'idées racistes, par exemple¹⁰⁰. Pour les auteurs antipositivistes, la définition du droit est alors nécessairement idéale en ce sens qu'elle inclut un trait essentiel du droit – en l'espèce, la prétention d'être une autorité légitime – qui doit être lui-même moralement évalué¹⁰¹. Symétriquement, l'identification du droit positif n'est pas toujours indépendante des délibérations morales puisque le droit positif doit être apte à justifier le bien-fondé de sa prétention à la légitimité¹⁰².

99. J. RAZ, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », p. 20.

100. Parmi les auteurs antipositivistes, l'idée que le droit prétend nécessairement être une autorité légitime est défendue notamment par Robert Alexy qui considère que le droit fait nécessairement appel à la rectitude (*claim to correctness*) : R. ALEXY, « Law and Correctness » et R. ALEXY, « The Nature of Arguments about the Nature of Law », et les articles du même auteur cités à la note n°97. Pour une idée antipositiviste similaire, voir S. BERTEA, *The Normative Claim of Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2011, spéc. Chap. 6. Voir aussi *supra*, II.A.1.a et les références citées à la note n° 97.

101. Voir le débat entre J. RAZ, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », p. 20, p. 28 et s., et R. ALEXY, « An Answer to Joseph Raz », p. 42-45, p. 50-54.

102. Voir R. ALEXY, « An Answer to Joseph Raz », p. 52 : « The claim to correctness, which is necessarily connected with the law [...] implies that it is impossible to say what the law is without saying what it ought to be » ; R. ALEXY, « On the Concept and Nature of Law », p. 296-297.

La thèse positiviste de séparabilité n'est alors pas soutenable en tant qu'une séparation conceptuelle entre le droit et la morale¹⁰³. Elle ne concerne qu'une propriété que la définition du droit doit revêtir : le droit ne peut pas être défini comme étant nécessairement investi de certaines qualités morales. Si on peut définir le droit sans avoir recours à des concepts moraux, il s'ensuit qu'on peut également identifier le droit positif sans recours à des délibérations morales : ce qu'on définit au niveau conceptuel comme étant du droit, c'est ce qu'on peut identifier au niveau empirique comme étant du droit positif¹⁰⁴. Les deux volets de la thèse de la séparabilité – le lien de la morale avec la validité et le concept de droit – peuvent être combinés pour formuler une thèse considérée comme étant le dénominateur commun de toutes les théories positivistes : le droit est séparable de la morale en ce sens que l'identification du droit positif relève d'une question qui n'est pas nécessairement conditionnée par la question de savoir quel aurait dû être le droit positif en l'occasion¹⁰⁵. Toutefois, des divergences surgissent quant à la portée de cette thèse entre ceux qui soutiennent qu'une telle condition, si elle n'est pas nécessaire, n'est pas non plus impossible, et ceux qui soutiennent qu'elle est nécessairement incompatible avec les caractéristiques conceptuelles que le positivisme accorde au droit et, plus précisément, avec la prétention du droit d'être une autorité légitime. Comme la thèse de la séparabilité peut accommoder toutes les deux interprétations, le choix entre celles-ci dépend de la façon dont les auteurs positivistes interprètent la thèse des faits sociaux.

2. La portée de la thèse des faits sociaux : la distinction entre positivisme exclusif et inclusif.

Selon la thèse des faits sociaux l'existence du droit au sein d'une communauté politique, et la possibilité d'identifier ce droit, dépendent de l'accomplissement de certaines pratiques sociales qui sont constitutives de ce qu'on appelle les sources de droit. Toutefois, dans le célèbre « Postscript » publié posthument lors de la deuxième édition au *Concept de droit*, Hart nuance cette thèse en réponse aux critiques de Dworkin. Selon l'une de ces critiques, la règle de reconnaissance ne peut pas offrir une explication compréhensive de la validité juridique dans la mesure où les juges ont nécessairement recours à des délibérations morales afin

103. J. RAZ, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », p. 21-22 ; J. DICKSON, « Legal Positivism : Contemporary Debates », p. 49.

104. Sur ce lien entre le concept de droit et l'identification du droit positif, voir R. ALEXY, « On Two Juxtapositions : Concept and Nature, Law and Philosophy », p. 168.

105. A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 71, cité par J. RAZ, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », p. 22.

d'identifier le droit applicable dans des cas où ils appliquent des principes juridiques¹⁰⁶. Hart repousse cette critique par une argumentation qui mérite d'être citée *in extenso* :

« Dworkin a considéré de manière erronée que ma théorie non seulement exigeait (ce qu'elle fait) que l'existence et l'autorité de la règle de reconnaissance dépende du fait de son acceptation par les juridictions, mais aussi qu'elle exigeait (ce qu'elle ne fait pas) que les critères de validité juridique que la règle fournit résident exclusivement dans la forme spécifique d'un pur fait qu'il qualifie de "pedigree" et qui concerne le mode et la forme de la création ou de l'adoption du droit. Cela est doublement erroné. Premièrement, cela méconnaît le fait que j'ai reconnu explicitement que la règle de reconnaissance peut inclure, parmi les critères de validité juridique, la conformité à des principes moraux ou à des valeurs substantielles ; ma doctrine constitue dès lors ce qu'on a appelé un "positivisme tempéré" et non, selon la version qu'en donne Dworkin, un positivisme "purement factuel". Deuxièmement, il n'y a rien dans mon ouvrage qui puisse suggérer que les critères purement factuels fournis par la règle de reconnaissance soient nécessairement de l'ordre d'un pedigree ; ils peuvent aussi bien prendre la forme de contraintes substantielles relatives au contenu de la législation, telles que les seizième ou le dix-neuvième amendements de la Constitution des États-Unis concernant la reconnaissance de la religion ou les restrictions du droit de vote »¹⁰⁷.

Depuis lors, la théorie positiviste se constitue d'un faisceau complexe de théories qui prennent position, peu ou prou, face à cette affirmation de Hart. Ces prises de position peuvent être regroupées en deux courants qui défendent des versions plus sophistiquées de ce que Hart appelait positivisme « purement factuel » et « positivisme tempéré » : il s'agit, respectivement, du positivisme exclusif et du positivisme inclusif¹⁰⁸.

106. R. DWORKIN, « The Model of Rules I » in : R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977, spéc. p. 39 et s. Sur les défis que la critique de Dworkin pose pour la théorie de Hart, voir G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law*, p. 178-180 ; S. SHAPIRO, « On Hart's Way Out », p. 149-191, spéc. p. 160 et s.

107. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 268 [p. 250].

108. Cette terminologie a été introduite par W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 82-83. Pour une présentation plus récente des deux courants, voir A. MARMOR, « Exclusive Legal Positivism », et K.E. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », in : J. COLEMAN et S. SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence*, respectivement p. 104-124 et p. 125-165.

Selon le positivisme *inclusif*, la conformité à un principe moral peut être une condition *nécessaire* de la validité d'une norme juridique dans un système juridique donné. Une variante du positivisme inclusif est la *thèse de l'incorporation* : les critères moraux sont incorporés au droit positif en ce sens que la conformité à ceux-ci peut constituer une condition *suffisante* de la validité d'une norme juridique dans un système juridique donné. Ces deux positions demeurent des positions positivistes en ce qu'elles font primer le caractère social du droit sur ses qualités morales qui demeurent, elles, contingentes. Cette contingence comprend deux volets. En premier lieu, l'existence de critères de validité qui incorporent des critères moraux est une possibilité et non pas une nécessité, c'est-à-dire qu'elle dépend des données de chaque système juridique, sans être une condition nécessaire pour l'existence d'un système juridique. En deuxième lieu, la moralité ne devient un critère de validité que dans la mesure où cela est explicitement prévu soit par une autre règle qui doit sa propre validité à son « pedigree » et non pas à ses qualités morales, soit par la règle de reconnaissance elle-même qui doit son existence, comme nous l'avons remarqué, à l'existence d'une pratique correspondante et non pas aux mérites de cette pratique.

Le positivisme exclusif est incompatible avec toutes les deux positions inclusives. Selon les positivistes exclusifs, le droit positif s'identifie *exclusivement* en fonction de faits sociaux qui peuvent être identifiés et décrits sans recours à des arguments moraux¹⁰⁹. Bien évidemment, ils ne nient pas que le droit positif renvoie à des concepts moraux et à des standards à contenu substantiel (comme la dignité humaine ou l'indemnité juste, par exemple), ni le fait que les organes d'application du droit, et notamment les juges, ont recours à de telles considérations dans le cadre de l'exercice de leurs compétences¹¹⁰. Ils soutiennent seulement que, même lorsqu'ils figurent dans des textes juridiques, les principes moraux ne peuvent pas faire partie ni du contenu ni des critères de validité du droit positif, de même que les calculs mathématiques, par exemple, ne deviennent pas des règles juridiques lorsqu'elles figurent dans une loi budgétaire¹¹¹. Ils nient, en d'autres termes, qu'il puisse y avoir *incorporation* des critères moraux dans le droit positif, qu'il s'agisse du contenu substantiel ou des critères de validité de celui-ci. Il en

109. En ce sens, le positivisme inclusif affirme que le droit *peut-être séparable* de la morale, tandis que le positivisme exclusif affirme que le droit *est nécessairement séparé* de celle-ci : M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism*, p. 114.

110. A. MARMOR, « Exclusive Legal Positivism », p. 116.

111. Selon les critiques qui lui ont été adressées, le positivisme inclusif ne peut pas expliquer pourquoi le droit incorpore les critères moraux et non pas, tout simplement, tous les autres critères ou standards qui figurent dans les textes juridiques ou dans la motivation des décisions de justice. Pour une défense du positivisme inclusif contre cette critique, voir M. KRAMER, « Why the Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms », *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 555-562.

est ainsi, selon les mêmes auteurs, parce que c'est dans la nature même du droit en tant que phénomène autoritaire d'être identifiable en fonction de ses sources et d'écarter des considérations morales lorsqu'il s'agit de guider le raisonnement pratique de ses sujets¹¹². Le positivisme exclusif ne constitue alors pas une thèse sur la science du droit : il s'agit d'une thèse sur la nature pratique du droit.

Plus précisément, le positivisme exclusif repose sur un concept particulier de l'autorité du droit¹¹³, la « conception de l'autorité comme service » (*service conception of authority*), qui conçoit le droit comme une autorité qui remplit une fonction pratique spécifique : une autorité juridique est une instance qui s'interpose entre les individus et leurs raisons d'agir de sorte que les individus reconnaissent les normes juridiques comme des sources de raisons d'agir sans avoir recours à des évaluations axiologiques relatives ni à leurs propres raisons d'agir subjectives, ni aux raisons sur lesquelles l'édition de la norme a été fondée¹¹⁴. Or, si les individus intercalaient des considérations morales entre le droit et leurs raisons d'agir, leur pratique contrarierait la possibilité même du caractère autoritaire du droit : il n'y aurait pas de sens à avoir des autorités si nous pouvions avoir recours à des arguments moraux afin de décider si l'autorité exige quelque chose de nous et quel est le contenu de cette exigence. Le positivisme exclusif a alors recours à une conceptualisation hobbesienne de l'autorité : une autorité est là pour faire clore le débat moral autour des questions sur lesquelles elle se prononce par le droit qu'elle édicte. Introduire des critères moraux dans les critères de validité ou dans le contenu du droit positif équivaudrait à débattre de nouveau les considérations praxéologiques sur lesquelles la décision de l'autorité a été fondée et rendrait donc caduque la raison d'être de celle-ci¹¹⁵. Évidemment, ce qui distingue le positivisme exclusif du positivisme de Hobbes est la prétention prescriptive de ce dernier : il faut que l'autorité fonctionne comme ça pour que la paix civile soit maintenue. Le positivisme exclusif en revanche se contente d'un

112. Plus analytiquement, voir A. MARMOR, « Exclusive Legal Positivism », p. 116 et s. ; D. LEFKOWITZ, « Customary Law and the Case for Incorporationism », *Legal Theory*, 11, 2005, p. 405-420 ; J. RAZ, « Legal Positivism and the Sources of Law », in : J. RAZ, *The Authority of Law*, p. 37-52, spéc. p. 45 et s. ; J. RAZ, « Authority, Law, and Morality », in : J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, 1995, Oxford, Clarendon Press, p. 210-237.

113. Pour une autre justification du positivisme exclusif, voir S. SHAPIRO, « Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake ? », *Ratio Juris*, 22, 2009, p. 326-338.

114. Sur le lien entre ce concept d'autorité et le positivisme exclusif, voir l'analyse critique de K. E. HIMMA, « Law's Claim to Legitimate Authority », in : J. COLEMAN (dir.), *Hart's Postscript*, p. 271-309. Sur ce concept d'autorité et le concept de raisons d'agir, voir *infra*, B.2.

115. *Comp.* la thèse antipositiviste soutenue par R. ALEXI, « The Nature of Legal Philosophy », p. 60 et s. Selon cet auteur, les positivistes exclusifs considèrent à juste titre que le droit est une autorité qui clôt des questions morales, mais ils croient à tort que cette fonction est compatible avec une conception positiviste du droit.

argument conceptuel qui aspire à expliquer, et non pas à justifier, la façon spécifique dont le droit établit son autorité vis-à-vis de ses destinataires¹¹⁶.

Ainsi, le positivisme exclusif avance une explication de la façon dont les dispositions du droit positif qui comportent des standards moraux sont appliquées par les juges, et non pas des injonctions vers ces derniers quant à la façon dont ils doivent appliquer ces dispositions¹¹⁷. Selon cette explication, lorsqu'un juge se prononce sur le caractère « juste » d'une indemnité d'expropriation en application de l'article 545 du Code civil, par exemple, il exerce une compétence discrétionnaire : le droit positif l'habilite d'aller « au-delà » du droit positif, à savoir d'exercer sa discrétion afin de trancher un litige non pas sur la base de règles ou de principes juridiques préétablis, mais sur la base des arguments substantiels établis en fonction de sa propre délibération morale. De cette habilitation il ne s'ensuit pas que l'équité – telle que la conçoit le législateur ou le juge – devient elle-même une règle ou un principe juridique dont dépend l'obligation des juges d'appliquer l'article 545 du Code civil ou l'autorité des décisions qui font application de cet article¹¹⁸.

L'enjeu de l'opposition entre le positivisme exclusif et le positivisme inclusif consiste alors en une question conceptuelle relative à l'autorité du droit : il s'agit de savoir si la façon dont le droit établit son autorité vis-à-vis de ses destinataires

116. Voir aussi *infra*, B.2.a. Pour la comparaison entre le positivisme exclusif en tant que thèse descriptive, et le positivisme de Hobbes en tant que théorie normative, voir les remarques critiques de D. DYZENHAUS, « Why is Positivism Authoritarian », p. 103 et s., spéc. p. 105 : selon cet auteur, la pensée de Hobbes « hante » les efforts des positivistes de dissocier le concept hobbesien d'autorité des arguments normatifs employés par Hobbes. Voir par le même auteur : « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2004, p.39-67 et spéc. p. 43 et s. Pour une critique similaire, voir aussi : S. COYLE, « Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism », spéc. p. 264 et s.

117. J. RAZ, « Authority, Law, and Morality », p. 233. *Contra*, D. DYZENHAUS, « Positivism's Stagnant Research Programme », *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, p. 716 : selon cet auteur, le positivisme exclusif ne peut pas ne pas avoir des implications pratiques relatives à l'interprétation et à l'application du droit positif ; S. COYLE, « Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism » : l'idée que le positivisme exclusif se fait de la façon dont les juges interprètent le droit positif ne peut pas être maintenue sans avoir recours à des arguments normatifs.

118. Par exemple, dans un système juridique où les juridictions ordinaires sont liées par l'interprétation du droit positif donnée par la Cour de cassation, l'interprétation par cette dernière de ce qu'est le caractère « juste » d'une indemnité est reconnue comme une règle par les juridictions inférieures pour la simple raison, et pour cette raison seulement, qu'elle a été édictée conformément aux règles pertinentes du Code de la procédure civile, et non pas parce qu'elle exprimerait la « vraie » conception du juste, ou la conception du juste que les rédacteurs du code civil avaient à l'esprit. Pour les arguments des positivistes inclusifs contre cette interprétation, voir K. E. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », p. 272 et s. ; V. VILLA, « Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation, and Value-Judgments », *Ratio Juris*, 22, 2009, p. 110-127, spéc. p. 115-120.

permet à ceux-ci de concevoir la moralité comme une composante du droit positif ou, au contraire, comme une source de normativité qui demeure nécessairement extérieure au droit et dont l'appréciation demeure discrétionnaire d'un point de vue juridique¹¹⁹. Si l'idée inclusive est admise, il s'ensuit que la reconnaissance de ce qui compte effectivement comme droit n'est pas toujours possible sans recours à des délibérations morales¹²⁰. En ce sens, l'opposition entre les deux courants positivistes ne porte pas sur le lien entre le droit et la morale, mais sur la question plus spécifique de la relation entre le droit et ses sources socialement repérables, à savoir sur la portée de la thèse des sources sociales¹²¹. Toutefois, si sa portée est débattue, la thèse des faits sociaux demeure dans son principe le dénominateur commun de toutes les théories positivistes : même si un ordre juridique érige des principes moraux en critères de validité, les ultimes critères de validité sont fixés par une règle de reconnaissance dont l'existence ne dépend pas de ses mérites moraux¹²². Bien évidemment, la question intéressante qui en résulte est la suivante : si ce n'est pas en vertu de ses mérites moraux, en vertu de quoi la règle de reconnaissance peut-elle établir son autorité en tant que source ultime des critères de validité ?

B. Autorité, légitimité et raison pratique.

Selon la thèse des faits sociaux, l'existence de certaines pratiques sociales est une condition *nécessaire et suffisante* pour qu'un système juridique existe, de sorte

119. Discrétionnaire d'un point de vue juridique ne signifie pas discrétionnaire tout court : d'une part, les juges sont soumis à des contraintes normatives, telles que leurs propres idées morales ou les exigences de rationalité discursive ; d'autre part, ils peuvent être soumis à des contraintes pragmatiques, comme celles qui découlent de leurs rapports avec d'autres institutions juridiques. Or, si tel est le cas, la détermination du contenu d'une notion morale ne diffère pas de la détermination du contenu et de l'application de toute autre disposition juridique : aucun organe juridique, ni même l'organe qui se réclame d'un pouvoir constituant originaire, n'exerce ses compétences affranchi de toute contrainte normative ou pragmatique. Sur ces contraintes et leur caractère distinct d'obligations juridiques, voir les remarques de Joseph Raz concernant le système juridictionnel anglais : J. RAZ, « Law and Value in Adjudication », in : J. RAZ, *The Authority of Law*, p. 180-209, spéc. p. 197-201. *Comp.* la thèse de Robert Alexy qui considère que la mauvaise interprétation d'une notion morale rend une décision de justice défectueuse non seulement d'un point de vue moral, mais aussi d'un point de vue juridique : R. ALEXY, « On the Concept and the Nature of Law », p. 295.

120. J. RAZ, « Legal Positivism and the Sources of Law », p.46.

121. Voir pourtant les remarques critiques de ceux qui pensent que la distinction entre positivisme inclusif et positivisme exclusif est théoriquement stérile : J. FINNIS, « On the Incoherence of Legal Positivism », p. 1603 ; R. SHINER, « Law and its Normativity », p. 431.

122. K.E. HIMMA, « Inclusive Legal Positivism », p.128-129.

qu'à chaque fois que certaines conditions socio-factuelles sont satisfaites, on est en présence d'un ordre juridique¹²³. Hart exprimait cette idée dans les termes suivants :

« Il y a deux conditions minimales nécessaires pour qu'existe un système juridique. D'une part, les règles de conduite qui sont valides selon les critères ultimes de validité du système doivent être généralement obéies, et, d'autre part, ses règles de reconnaissance déterminant les critères de validité juridique, ainsi que ses règles de changement et de décision doivent être effectivement admises par ses autorités comme constituant des modèles publics et communs de la conduite qu'elles adoptent en cette qualité »¹²⁴.

D'après ces critères, un ordre juridique peut exister, à la limite, même lorsque les citoyens nient toute valeur normative au droit auquel ils sont soumis, considérant qu'ils sont simplement obligés d'y obéir, et non pas qu'ils ont une obligation de faire ainsi¹²⁵. Il suffit que les autorités juridiques acceptent la règle de reconnaissance et qu'elles arrivent à obtenir l'obéissance des citoyens aux règles produites conformément à celle-ci¹²⁶. Toutefois, et comme nous l'avons précisé, Hart considère qu'il n'est pas nécessaire que les autorités se sentent moralement obligées d'appliquer la règle de reconnaissance : il suffit qu'elles acceptent cette règle – c'est-à-dire qu'elles adoptent un point de vue interne vis-à-vis de celle-ci – quelle que soit la raison pour laquelle elles font ainsi¹²⁷. En même temps pourtant, il précise que, contrairement à l'« attitude purement personnelle à l'égard des règles, à laquelle peut se réduire la préoccupation du simple citoyen qui leur obéit », les autorités juridiques, et notamment les juges, doivent effectivement accepter la règle de reconnaissance comme une règle, et non pas comme un prétexte que chaque autorité emploie à sa guise : « pour qu'elle puisse ne fût-ce qu'exister, cette règle [de reconnaissance] doit être envisagée du point de

123. Plus analytiquement sur la thèse des faits sociaux, voir J. RAZ, « Legal Positivism and the Sources of Law », p. 45 et s.

124. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 135 [p. 116].

125. Voir *supra*, I.B. sur la distinction entre les commandements, à propos desquels on emploie l'expression « je suis obligé de », et les règles, à propos desquelles on emploie l'expression « j'ai une obligation de ».

126. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 136 [p. 117] : « À la limite, le point de vue interne et l'usage normatif du langage juridique qui le caractérise ("Ceci est une règle valide") pourrait se limiter à la sphère des autorités ». Si Hart admet que « la société dans laquelle il en serait ainsi, ressemblerait de façon déplorable à un troupeau de moutons », il précise qu'« il n'y a guère de raisons de penser qu'un tel système ne saurait exister, ni de lui refuser la qualité de système juridique » (*ibid.*).

127. *Supra*, I.B.

vue interne comme un modèle public et commun de *décision judiciaire correcte*, et non pas comme un phénomène auquel chaque juge se contenterait d'obéir pour sa part seulement »¹²⁸. Dans le Postscript, Hart explique davantage cette idée d'acceptation et son lien avec la possibilité d'énoncer des jugements qui sont non pas des simples commandements, mais des jugements *corrects* d'un point de vue juridique :

« [L'acceptation] consiste dans la tendance habituelle des individus à considérer de tels modèles de conduite [développés au sein d'une pratique] à la fois comme des guides pour leur conduite future et comme des critères d'évaluation susceptibles de *légitimer des prétentions* ainsi que différentes formes de pression en vue de leur observance »¹²⁹.

Il s'avère alors que la distinction entre l'acceptation pratique et l'approbation morale de la règle de reconnaissance correspond à une distinction entre deux niveaux. Le premier est celui de l'attitude pratique qui rend intelligible l'emploi d'un langage normatif au sein d'une pratique : il faut que les organes juridiques regardent la pratique à laquelle ils s'engagent comme leur procurant une *raison* qui peut justifier leurs jugements. Le deuxième niveau est celui des raisons pour lesquelles les individus qui sont membres des organes juridiques décident de s'engager dans une telle pratique normative. Cette distinction permet à Hart de maintenir la thèse selon laquelle les énoncés juridiques, quoique aptes à être évalués comme « corrects » ou « légitimes », ne sont pas des énoncés moraux : si ceux qui adoptent le point de vue interne formulent des jugements juridiques « dans le langage normatif commun tant au droit qu'à la morale [avec des expressions comme] “j'ai (ils ont) l'obligation” [...] ils ne sont pas pour autant amenés à émettre un jugement *moral* selon lequel il convient moralement d'accomplir ce que le droit exige »¹³⁰. Il paraît ainsi que Hart distingue entre l'acceptation et l'approbation de la règle de reconnaissance afin d'expliquer l'autorité du droit : en tant qu'attitude pratique distincte de nos attitudes morales, le point de vue interne pourrait expliquer notre aptitude de reconnaître le fait que nous sommes soumis à des obligations juridiques, et non pas à de simples commandements, même dans les cas où ces obligations ne s'accordent pas avec notre conception de ce qui serait plus opportun de faire en l'espèce.

Toutefois, la double distinction décrite ci-dessus – entre les citoyens et les autorités juridiques, d'une part, et entre l'acceptation et l'approbation par ces dernières de la règle de reconnaissance, d'autre part – soulève deux problèmes :

128. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 134-135 [p. 116] (nous soulignons).

129. *Ibid.*, p. 273 [p. 255] (nous soulignons).

130. *Ibid.*, p. 221 [p. 203] (nous soulignons).

d'une part, cette distinction implique que lorsqu'un juge prononce une condamnation pénale, par exemple, il s'appuie sur ces propres raisons pour agir ainsi – à savoir, sur le fait qu'il adopte le point de vue interne – et non pas sur les raisons que la personne condamnée avait pour ne pas violer le droit ; d'autre part, il serait possible pour un juge de croire qu'il n'existe aucune bonne raison qui pourrait justifier sa décision outre le simple fait de l'acceptation par lui-même et par ses collègues de la règle de reconnaissance. Ce double problème révèle un concept non-cognitivistique de la normativité juridique : suivant une approche empiriciste, Hart considère que les jugements juridiques expriment la décision d'adopter une attitude pratique vis-à-vis de certains faits ; ils n'expriment pas l'existence, ou la croyance en l'existence, de certaines entités normatives qui pourraient justifier ces attitudes ou la conduite correspondante de ceux qui adoptent ces attitudes¹³¹. Ce non-cognitivism implique alors que les jugements juridiques n'expriment que la décision de celui qui les énonce d'adopter une attitude pratique vis-à-vis d'une règle, et non pas l'existence d'une obligation qui pèse sur le destinataire de ce jugement.

Cette approche a fait l'objet d'une critique qui comprend deux volets. Selon le premier, il n'est pas clair en quoi le point de vue interne, en tant qu'attitude pratique, se distingue des pratiques qui sont censées en attester l'existence¹³². Si tel est le cas, et selon le deuxième volet, le point de vue interne présuppose plutôt qu'il explique l'existence des pratiques normatives : il s'agit d'un concept qui nous permet de *décrire* l'aspect normatif d'une pratique sans pouvoir expliquer pourquoi cette pratique est normative¹³³.

131. S. SHAPIRO, *Legality*, p. 99 : pour ceux adoptent le point de vue interne « [their] practical engagement issues in normative judgements, which are commitments to treat descriptive states of the world as having certain weight in one's deliberation about what to do. Normative judgements on this view do not take normative facts as their objects; indeed, according to Hart, there are no normative facts at all ». Voir aussi: S. PERRY, « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », spéc. p.1174-1176, p. 1190-1192 ; voir également la pénétrante critique de l'idée hartienne d'acceptation par A. TAKIS, *Law's Moral Indifference*, Oxford, Hart Publishing, 2015 (à paraître).

132. L. ALEXANDER et F. SCHAUER, « Rules of Recognition, Constitutional Contraversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance », in : M. ADLER et K.E. HIMMA (dir.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, p. 175-192, spéc. 178-179 ; S. PERRY, « Hart's Methodological Positivism », p. 332-333 ; R. SARTORIUS, « Positivism and the Foundations of Legal Authority », in : R. GAVISON (dir.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, p. 43-61, spéc. p. 47 ; S. SHAPIRO, *Legality*, p. 95, p. 102 et s. ; A. TAKIS, « Positivism and Political Obligation », p. 80-82, p. 87-88. *Contra* M. KRAMER, « In Defense of Hart », *Legal Theory*, 19, 2013, p. 370-402, spéc. p. 380 et s.

133. Cette critique a été formulée aussi bien par des auteurs positivistes que par des auteurs antipositivistes. Voir les références cités à la note précédente et aussi : J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », p. 381 ; G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law*,

L'un des premiers à formuler une telle critique était Dworkin. Deux arguments de Dworkin sont ici d'importance. Selon le premier, il faut distinguer entre, d'une part, les pratiques convergentes où chaque participant s'engage dans la pratique pour ses propres raisons et, d'autre part, les pratiques où la convergence s'explique par référence à une raison communément partagée par les participants. Si la règle de reconnaissance est une règle normative dotée d'autorité – c'est-à-dire une règle obligatoire pour tous les participants – il faut qu'elle s'appuie sur une pratique du deuxième type. Si tel est le cas, et selon le deuxième argument, la référence à certaines pratiques sociales ne peut pas expliquer la normativité du droit : lorsqu'il s'agit de justifier leur conduite, les participants à un système juridique se réfèrent au caractère obligatoire des règles, et non pas au fait qu'ils reconnaissent ces règles comme étant obligatoires. Selon cette critique alors, les pratiques sociales peuvent attester de l'existence de règles suivies au sein d'un groupe, mais elles n'expliquent pas pourquoi ces règles sont obligatoires¹³⁴.

Dans la réplique à Dworkin développée dans le Postscript, Hart semble avancer une approche conventionnaliste des pratiques en question, voire une interprétation de la règle de reconnaissance comme une règle conventionnelle : la raison pour un organe pour accepter cette règle réside dans l'existence d'une convention correspondante, à savoir en la reconnaissance du fait que les autres organes font ainsi¹³⁵. Selon certaines interprétations, il est peu probable que Hart ait en fait opéré un tournant conventionnaliste, même s'il emploie le terme de convention, ou même de coutume, à propos de la règle de reconnaissance¹³⁶. Quelle que soit toutefois l'approche adoptée dans le Postscript, un courant plutôt majoritaire de la littérature positiviste contemporaine insiste sur ce que les conventions sont inaptes à fonder l'autorité du droit (1)¹³⁷. Ce même courant insiste en revanche sur l'idée que cette autorité s'explique par la spécificité de l'appel que le droit fait

p. 180-182, p. 213 et s. ; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 53 et s.

134. Voir R. DWORKIN, « The model of rules II », in : R. DWORKIN, *Taking rights seriously*.

135. Hart souligne que « il est certain que la règle de reconnaissance est considérée dans mon ouvrage comme se fondant sur une forme de consensus judiciaire ». Ce qu'il entend par « consensus » est que « [l]a raison pour laquelle un juge anglais considère les lois adoptées par le Parlement (ou la raison pour laquelle un juge américain considère la Constitution) comme une source de droit suprême [...] comprend le fait que ses collègues au sein du pouvoir judiciaire convergent sur ce point, comme l'ont fait leurs prédécesseurs », H.L.A. HART, *Le concept de droit*, p. 284 [p. 266-267]. Plus analytiquement sur ce tournant « conventionnaliste » de Hart, voir J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », p. 386 et s. ; L. GREEN, « Positivism and Conventionalism », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, p. 35-52.

136. En ce sens : J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », p. 381 et s.

137. *Contra* : A. MARMOR, « The Conventional Foundations of Law », in : G. PAVLAKOS et S. BERTEA (dir.), *New Essays on the Normativity of Law*, p. 143-157. Pour une idée proche de celle de convention, voir dans le même ouvrage : S. SHAPIRO, « Planning Agency and the Law », p. 17-72.

à la raison pratique de ses sujets en tant qu'instance qui prétend être une autorité légitime (2).

1. Les conventions et les fondements du droit.

Une règle est conventionnelle lorsque l'existence d'une pratique constitue elle-même une raison pour se conformer à cette pratique. En d'autres termes, il y a une règle conventionnelle lorsqu'on peut citer comme raison pour suivre cette règle le fait que tous les autres la suivent aussi. En plus, on peut distinguer entre deux types de règles conventionnelles. Il y a d'abord des règles purement conventionnelles où l'existence d'une pratique est une raison en soi suffisante pour justifier la participation à cette pratique et aux règles qui en découlent. Telles sont les conventions réglant des problèmes de coordination¹³⁸ : ce qui compte, c'est plutôt l'existence d'une coordination, comme contraire à l'existence d'un désordre, que le contenu spécifique que la convention revêtira. En d'autres termes, le contenu de telles conventions est arbitraire en ce que la raison substantielle pour s'engager dans la pratique conventionnelle ne réside pas dans les mérites de son contenu mais sur la considération qu'il vaut mieux avoir une convention que de n'en pas avoir une tout court. Bien évidemment, les pratiques socio-politiques qui sont à l'origine d'un système juridique ne peuvent pas être considérées comme des conventions de ce type : la décision d'un peuple de se doter d'une Constitution, par exemple, ainsi que le contenu de celle-ci se fondent sur des considérations substantielles¹³⁹. L'enjeu dans la fondation d'un système juridique porte alors sur le contenu des pratiques sociopolitiques pertinentes et sur le contenu des règles qui en résultent et non pas sur l'existence de règles comme alternative à l'anarchie ou à l'état de nature¹⁴⁰.

138. Sur l'émergence de règles à partir de pratiques réglant de problèmes de coordination, voir les références citées à la note précédente et aussi N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, chap. 1 et 2.

139. J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », p. 390.

140. Même Hobbes, censé avoir formulé une justification « absolutiste » de l'autorité étatique, reconnaît que le maintien du Souverain, comme alternative à un retour à l'état de nature, ne vaut pas à tout prix. En revanche, on trouve des arguments cherchant à ancrer ultimement la justification du droit sur son rôle coordinateur, comme alternative à l'anarchie, chez des auteurs moins « suspects » d'autoritarisme, comme par exemple G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Première Partie : Théorie générale de l'État*, trad. G. Fardis, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 313-316, p. 347-360, spéc. p. 350-351 : si Jellinek affirme que la justification de l'État « ne peut s'adresser qu'à ceux qui reconnaissent en principe la civilisation et partant admettent ses conditions d'existence », c'est qu'il considère qu'il ne peut pas y avoir de « civilisation » – entendue, évidemment, comme la civilisation occidentale – en dehors d'une « organisation pourvue de moyens de coercition ».

Une deuxième approche conventionnelle serait alors de considérer que les conventions peuvent justifier le contenu spécifique des ces pratiques¹⁴¹. Il s'agirait d'expliquer, par exemple, la reconnaissance de la Constitution française de 1958 en tant que loi rigide et suprême au sein de l'ordre juridique français. En effet, si l'on demande à un juge pourquoi il considère la Constitution de 1958 comme une norme juridique rigide et suprême, il peut répondre – et la majorité des juristes répondraient semble-t-il ainsi – de façon tautologique : parce que la Constitution de 1958 est une telle norme. Énoncée par un juge, cette affirmation implique nécessairement l'affirmation que « tout le monde », et notamment ses collègues, font la même chose. Or, cette dernière affirmation ne constitue ni une description ni une prévision de l'état d'esprit des autres juges : le juge questionné ne respecte pas la Constitution de 1958 en raison, simplement, du fait que ces collègues font ainsi. Lorsqu'il répond qu'il respecte la Constitution parce que « tout le monde fait ainsi », il entend que « tout le monde » respecte une obligation bien *existante*, et non pas que tout le monde croit en l'existence d'une telle obligation¹⁴².

Cet exemple montre qu'une convention peut attester de l'existence d'une raison communément partagée pour suivre une pratique mais elle ne peut expliquer ni pourquoi cette raison a été acceptée ni pourquoi quelqu'un est obligé de participer à la pratique ainsi établie. *Une convention procure alors des raisons d'agir de deuxième ordre*, à savoir des raisons tirées de l'existence de la convention elle-même (faire quelque chose parce que les autres le font aussi) mais *non pas des raisons de premier ordre*, à savoir les raisons spécifiques pour lesquelles la convention a été établie et qui obligeraient quelqu'un de participer à la pratique établie¹⁴³. Dans notre exemple, la réponse initiale du juge laisse toujours ouverte la question de savoir pourquoi « tout le monde » reconnaît la Constitution de 1958 comme une norme suprême (et non pas comme une norme inférieure aux conventions internationales, par exemple) et, finalement, pourquoi il la reconnaît comme une norme tout court. La réponse à cette question nécessite le recours à des considérations substantielles de philosophie morale et politique, comme le fait que la Constitution de 1958 est louable quant à son contenu, qui accorde des droits et libertés aux citoyens, aussi bien que quant à son élaboration, puisqu'elle a été ratifiée par le peuple, conformément aux exigences du principe

141. Pour illustrer par une analogie la différence entre ce type de règles conventionnelles et le premier type présenté ci-dessus, on pourrait dire que les règles du premier type peuvent justifier la création d'un jeu, tandis que les règles du deuxième type peuvent justifier les règles particulières d'un jeu, et donc l'obligation de les respecter, mais non pas la création du jeu et, moins encore, l'obligation de jouer.

142. En ce sens, voir R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p.51 ; L. GREEN, « Positivism and Conventionalism », p. 40-41.

143. J. DICKSON, « Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule ? », p. 397.

de souveraineté populaire. Ce sont ces considérations qui justifient l'existence de la pratique conventionnellement établie et non pas l'inverse. Une convention joue alors seulement un rôle *d'identification*, en montrant en quoi consiste la règle effectivement suivie, mais *non pas un rôle d'explication* : elle présuppose l'existence d'un titre en vertu duquel la règle doit être suivie¹⁴⁴.

Cette distinction entre l'existence d'une pratique au niveau constitutionnel et les raisons la justifiant peut être illustrée par un exemple récurrent dans la littérature publiciste : la pratique constante selon laquelle le Président du Conseil n'exerçait pas, à partir de 1877, son pouvoir de dissolution du Parlement sous la III^e République ne dit rien sur les raisons pour lesquelles chaque détenteur de ce pouvoir s'abstenait de l'exercice de cette compétence. Or, dès lors que l'on ne connaît pas ces raisons on ne peut pas savoir si la pratique en cause était normative : on demeure uniquement face à un phénomène comportemental. En effet, les règles en général, et les règles juridiques en particulier, ne sont pas des régularités comportementales mais des raisons qui peuvent justifier ces régularités. Ainsi, résoudre le problème du décalage entre les textes constitutionnels et la pratique en érigeant cette dernière en règle « non écrite » contourne le problème au lieu de le creuser : transformer la pratique de la non-dissolution – fût-elle constante et ininterrompue – en une règle du même contenu constitue une tautologie¹⁴⁵. Sauf à considérer que les Présidents du Conseil faisaient ça par hasard, il faut qu'ils aient eu une raison pour agir ainsi, comme celle avancée dans le message adressé aux chambres par le président Grévy le 6 février 1879, par exemple. La pratique en cause serait l'application d'une règle non écrite si elle procédait d'une telle raison d'agir normative qui permettrait aux acteurs constitutionnels d'affirmer que le Président du Conseil avait l'*obligation* de ne pas procéder à la dissolution du Parlement, et non simplement qu'il était obligé, par des contraintes pragmatiques, à s'abstenir de cette action. Si une telle raison d'agir existait, elle doit être recherchée dans la réalité politique de l'époque et non pas être inférée de la pratique elle-même qui en est le produit et non pas la cause¹⁴⁶.

144. *Ibid.* p. 399.

145. Cette tautologie est fréquente dans la doctrine publiciste : lorsque la pratique n'est pas conforme aux textes constitutionnels, il « faut » qu'il y ait une règle pour expliquer la pratique suivie et, faute de pouvoir identifier une raison normative correspondante, la pratique elle-même devient la règle, de sorte qu'on ne sait plus quelle est la règle suivie et quelle est son application.

146. Voir M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 312 : « On explique souvent ce phénomène par le discrédit dont l'institution a été frappée après son usage malheureux en 1877 [mais] il existe à vrai dire une raison plus profonde au non-usage du droit de dissolution : la coloration républicaine du Sénat à partir de 1879 ». De ces raisons, seule la première pourrait être invoquée comme une raison normative apte à justifier la pratique en question, la deuxième relevant seulement d'une question de rapports de forces politiques. Il reste à savoir, bien entendu, si une telle raison normative pourrait écarter les raisons normatives

De ce qui a précédé, on constate que l'autorité des critères de validité contenus dans une règle de reconnaissance – et les règles relatives à la composition et à la durée des fonctions des organes législatifs font partie de ces critères – ne peut pas reposer sur des conventions.

2. La revendication de légitimité et l'autorité pratique du droit.

Parmi les auteurs qui rejettent une approche conventionnaliste, l'idée la plus influente concernant l'explication de l'autorité du droit repose sur la thèse selon laquelle le droit prétend nécessairement être une autorité légitime. Cette prétention permet au droit d'encadrer la conduite humaine par des règles qui peuvent être reconnues non pas comme de simples commandements qui indiquent ce qu'il faut faire, mais comme des raisons d'agir qui peuvent justifier ce qu'il s'agit de faire¹⁴⁷ (a). Cette idée permet d'expliquer comment le droit est reconnu comme étant obligatoire même lorsqu'il ne prévoit pas de sanctions (b).

a) La prétention à la légitimité.

Comme nous l'avons remarqué, l'idée d'acceptation de la règle de reconnaissance pose un problème relatif à la normativité et l'autorité du droit : le juge qui adopte une attitude pratique vis-à-vis du droit n'exprime que sa propre raison pour agir dans un certain sens, sans affirmer, voire sans même croire qu'une telle raison existe pour ceux auxquels le droit s'applique. Or, ceux qui sont soumis au droit croient que la raison pour agir dans un certain sens est le caractère obligatoire du droit, et non pas le simple fait que certaines autorités juridiques ont décidé, pour leurs propres raisons, d'adopter une certaine attitude pratique. La solution la plus évidente à ce problème serait de nier la disjonction entre notre attitude pratique et notre attitude morale vis-à-vis des pratiques juridiques : le droit est normatif en ce qu'il y a des bonnes raisons morales pour se conformer au droit, et il doit son autorité à ce que chacun doit se conformer à ces raisons. Cette

qui justifient le caractère obligatoire du texte constitutionnel.

147. Sur la raison pratique et le concept de « raisons d'agir » (*reasons for action*) en général, voir R. J. WALLACE, « Practical Reason », in : E. N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), accessible sur <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason/>. Sur l'emploi du concept de raison d'agir pour l'analyse de la normativité juridique, voir une synthèse des débats actuels in : B. BIX, « The Nature of Law and Reasons for Action », *Problema*, 5, 2011, p. 399-415, accessible sur <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/5/ar1/ar121.pdf>; D. ENOCH, « Reason-Giving and the Law », *Oxford Studies in Philosophy of Law*, 1, 2011, p. 1-37.

solution est exprimée par le concept d'obligation politique en tant qu'obligation d'obéissance générale qui est valable pour toutes les lois d'un système juridique et pour tous les agents de ce système.

Traditionnellement, la philosophie politique présupposait la possibilité de l'existence d'une telle obligation comme allant de soi et les divergences portaient sur la théorie qui devrait être retenue pour sa justification¹⁴⁸. Comme nous l'avons déjà remarqué, la littérature positiviste contemporaine renoue avec cette tradition en se montrant sceptique face à la possibilité même de l'existence d'une telle obligation politique¹⁴⁹. Elle déplace ainsi son intérêt vers une propriété du droit qui s'avère, elle, généralisable : la prétention à être une autorité légitime¹⁵⁰.

En effet, il n'y a pas eu – à notre connaissance et, évidemment, à la connaissance de ceux qui soutiennent la thèse en question – de régime, même parmi les plus atroces, qui ne se réclamait pas d'être légitimement investi du « droit de dire le droit ». Le contenu de cette prétention et, *a fortiori*, sa vérité, sont des données contingentes¹⁵¹. Or, cet élément diachronique révèle une vérité conceptuelle concernant l'autorité du droit : *la prétention à la légitimité est un élément constitutif de ce en quoi être une autorité consiste*. Ainsi, la prétention à la légitimité est constitutive de ce que l'on peut qualifier de droit, indépendamment de la vérité substantielle de cette prétention, de même que la prétention de réclamer la descendance apostolique de Saint Pierre, par exemple, est constitutive de ce qu'est un pape, même si le pape lui-même peut douter de la plausibilité de cette réclamation¹⁵².

148. L. GREEN, « Law and Obligations », p. 515.

149. *Supra*, I.A et les références citées à la note n° 31.

150. L. GREEN, « Law and Obligations » ; J. RAZ, « Legitimate Authority », et « The Claims of Law », in : J. RAZ, *The Authority of Law*, respectivement, p. 3-27, 28-33 ; J. RAZ, « Authority, Law, and Morality », in : J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, p. 215 et s. Pour une explication détaillée de ce cette thèse, voir M. CARPENTIER, *Norme et exception*, p. 459 ; S. SHAPIRO, « Authority », in : J. COLEMAN et S. SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence*, p. 382-439, spéc. P. 402 et s. Voir Pour une appréciation critique de ce concept positiviste d'autorité, voir S. BERTEA, *The Normative Claim of Law*, p. 107-131, spéc. p. 121 et s.

151. Comme nous l'avons noté plus haut, ce point oppose les auteurs positivistes aux auteurs antipositivistes qui partagent l'idée similaire selon laquelle le droit prétend nécessairement être légitime. Ces auteurs antipositivistes considèrent que (a) la prétention à la légitimité établit un lien nécessaire entre l'identification du droit positif et la délibération morale ; (b) la prétention doit être intelligible, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être manifestement mensongère, ce qui implique que le droit positif ne peut pas être radicalement injuste. Voir *infra* II.A.1 et les références citées aux notes n° 97 et 100.

152. Pour cette analogie et, plus généralement, pour la distinction entre, d'une part, les prétentions qui sont constitutives d'une autorité et, d'autre part, la vérité substantielle de ces prétentions, voir L. GREEN, « Legal Positivism », § 4.2 ; L. GREEN, « Law and Obligations », p. 542-543.

La prétention à la légitimité ne serait pas constitutive du concept de droit si ce dernier n'était pas conçu comme étant autoritaire. Le droit est ainsi conçu parce qu'il remplit – ou, du moins, il aspire à remplir – le rôle qui est propre à une autorité : guider la conduite des hommes autoritairement. D'habitude, le qualificatif « autoritairement » est associé à la prévision de sanctions. L'exemple familier de la bande de brigandes montre en quoi la prévision de sanctions, et la possibilité effective de les infliger, n'est pas une condition suffisante ou même nécessaire pour qu'un commandement soit reconnu comme exprimant une obligation juridique¹⁵³. Kelsen ainsi que Hart proposent un critère de distinction entre les deux situations mais ils n'arrivent pas à expliquer ce qui rend possible l'existence d'un tel critère en premier lieu¹⁵⁴. Il en est ainsi parce que l'existence des obligations juridiques est liée à l'existence des autorités. Et pour saisir ce qui est propre à une autorité on a besoin de se pencher sur le rôle que la prétention à la légitimité joue dans les énoncés que l'autorité adresse à ses sujets. Néanmoins, comme on le sait, le concept de légitimité est absent de la *Théorie Pure* et du *Concept de droit*. Or, la différence entre les brigands et l'État repose sur le fait que seul ce dernier s'adresse à ses sujets en tant qu'autorité légitime.

Plus précisément, la prétention à la légitimité rend possible ce qui est spécifique à la façon dont une autorité s'adresse à la faculté pratique de ses sujets. Une autorité s'adresse à ses sujets en avançant des raisons d'agir que l'on qualifie comme péremptoires et indépendantes du contenu de l'action qu'elles supportent¹⁵⁵. Une norme procure une raison d'agir péremptoire lorsque l'invocation de la norme suffit pour que l'action prescrite soit justifiée indépendamment d'autres considérations praxéologiques pertinentes, notamment de considérations morales. De plus, une norme procure une raison d'agir indépendante du contenu lorsque l'invocation de la norme suffit pour justifier l'action prescrite indépendamment du contenu spécifique de cette action. Ces deux traits signifient que le droit s'adresse à ses sujets en exigeant qu'ils remplacent leurs propres raisons d'action par des raisons d'actions juridiques *parce que* ces dernières sont juridiques. Ainsi

153. Voir *infra*, II.B.2.b.

154. Pour Kelsen, c'est l'existence d'une autorisation qui peut être ultimement imputée à la norme fondamentale qui distingue le commandement des autorités juridiques du commandement des brigands : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, p. 16, p. 51 et s., p. 113. Pour Hart, c'est l'adoption d'un point de vue interne vis-à-vis d'une règle de reconnaissance qui autorise les organes juridiques à porter des jugements sur la conduite des citoyens : H.L.A. HART, *Le Concept de droit*, p. 38 et s., p. 102 et s. [p. 19 et s., p. 82 et s.] ; H.L.A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », p. 59.

155. Ce concept de raison d'agir fut introduit par : H.L.A. HART, « Commands and Authoritative Legal Reasons », in : H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford Clarendon Press, 1982, p. 243-268 ; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 35 et s. Pour une synthèse, voir M. CARPENTIER, *Norme et exception*, p. 455 et s. ; S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity*, p. 147 et s. ; S. BERTEA, *The Normative Claim of Law*, p. 107 et s. et p. 121 et s. pour une appréciation critique.

formulée, cette exigence – l'exigence d'agir sur la base de raisons péremptoires et indépendantes du contenu – s'apparente à une tautologie. Or, c'est précisément de cette façon qu'une autorité aspire à nous guider : une autorité n'est pas une instance qui exige que quelque chose soit fait ; elle exige que quelque chose soit fait *parce ce que c'est elle qui l'exige*. Ainsi conçue, l'autorité ne relève pas de ce qui doit être fait mais des *raisons* pour lesquelles quelque chose doit être fait. En d'autres termes, une autorité ne porte pas sur la conduite elle-même mais sur la raison pratique des individus.

Le droit est donc autoritaire autant qu'il prétend – et autant qu'il arrive à satisfaire cette prétention – *constituer en soi une raison pour action* que les sujets du droit doivent suivre indépendamment de leurs propres raisons d'action qui seraient en l'occasion pertinentes¹⁵⁶. Le droit est autoritaire, par exemple, lorsque les citoyens paient leurs impôts, s'abstiennent du meurtre, rédigent un testament d'après certaines modalités précises et reconnaissent comme loi le texte produit conformément aux exigences des articles 25 et s. de la Constitution simplement parce que c'est le droit qui dit qu'il faut ainsi faire, même s'ils pensent qu'il serait mieux d'agir d'une façon différente dans chaque cas d'espèce.

Cet appel à la raison pratique des citoyens ne serait pas possible si le droit ne prétendait pas être légitime : une autorité ne pourrait même pas exiger qu'on remplace nos propres raisons d'agir par les raisons qu'elle-même édicte si elle ne prétendait pas qu'il y a une *bonne raison* pour faire ainsi¹⁵⁷. Ceci n'implique pour autant pas que de telles raisons existent vraiment : ce qui distingue cette thèse positiviste des théories antipositivistes, c'est l'idée qu'il suffit que les autorités juridiques prétendent que de telles raisons existent et que certains parmi ces autorités ou les citoyens croient à cette prétention¹⁵⁸. Car en fait, l'existence

156. En ce sens, les raisons d'agir péremptoires et indépendantes du contenu sont à la fois des raisons d'agir de premier et de deuxième ordre. Elles sont des raisons d'agir de premier ordre en tant qu'elles peuvent justifier par elles-mêmes une conduite. Elles sont des raisons d'agir de deuxième ordre en ce qu'elles constituent des raisons pour ne pas agir sur la base d'autres raisons. Sur cette distinction, voir J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 39 et s., p. 73 et s. p. 170 et s. ; M. CARPENTIER, *Norme et exception*, p. 455-456, 465.

157. Les raisons péremptoires et indépendantes du contenu présupposent l'existence de raisons ultimes : il s'agit des raisons pour lesquelles on croit qu'il serait mieux de remplacer nos propres raisons par les raisons fournies par le droit. En ce sens, voir J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 76 ; H.L.A. HART, « Commands and Authoritative Legal Reasons », p. 263.

158. J. RAZ, « The Claims of Law », p. 28-29 ; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 170 et s., où l'auteur prend une position plus nuancée, distinguant entre la croyance à la légitimité qui est nécessaire pour l'existence d'un système juridique et la croyance qui est nécessaire pour formuler des propositions normatives dans le cadre d'un système juridique. *Contra*, H.L.A. HART, « Commands and Authoritative Legal Reasons », p. 264 et s. Selon Hart, il est possible que même les organes juridiques ne croient à la légitimité du droit. Il suffit qu'ils aient certaines raisons, fut-ce purement

d'un système juridique, par opposition à un système de force brute, présuppose que certaines personnes reconnaissent les lois comme des sources de raisons d'agir, et qu'ils n'agissent pas uniquement en fonction de leurs propres raisons d'agir, comme c'est l'envie d'éviter les sanctions. De ce fait, le titre de légitimité dont se réclame le droit doit être apte à justifier l'obéissance indépendamment de la prévision de sanctions. Ce point distingue les analyses positivistes du concept hobbesien d'autorité dont elles s'inspirent¹⁵⁹.

En effet, Hobbes était le premier à concevoir l'autorité en termes d'une instance qui fait appel à la raison pratique des ses sujets. La légitimité du souverain provient de ce qu'il empêche la chute dans un état de nature et, autant qu'il l'empêche et pour qu'il continue à l'empêcher, il n'y a pas lieu pour les sujets de se demander sur le bien-fondé des décisions du souverain¹⁶⁰. La théorie de Hobbes était alors bien autoritaire en ce que, contrairement à l'idée répandue, elle a mis en exergue que ce qui conditionne existentiellement une autorité n'est pas l'obéissance mais la légitimité, à savoir l'existence d'une raison substantielle assez forte pour que les individus renoncent au raisonnement pratique sur la base de leurs propres raisons d'agir subjectives (égoïstes et mutuellement conflictuelles dans l'état de nature d'après l'hypothèse hobbesienne) et acceptent à raisonner sur la base de raisons d'agir émanant d'une seule instance¹⁶¹. Comme on le sait, Hobbes avait

prudentielles, pour traiter le droit comme une autorité légitime.

159. Voir aussi *supra*, II.A.2 et les notes n° 116, 117.

160. Ainsi, on trouve déjà chez Hobbes l'idée de raisons d'agir péremptoires et indépendantes du contenu. Après avoir précisé qu'« il y a commandement quand on dit "*fais ceci ou ne fais pas ceci*" sans attendre d'autre raison que la volonté de celui qui le dit », et que « la loi civile est les règles que l'État a commandées à tout sujet [...] afin qu'il en fasse usage pour distinguer le droit du tort », Hobbes dénonce comme une « doctrine séditeuse » l'idée suivant laquelle « les humains auraient la faculté de débattre entre eux et de mettre en question les commandements de l'État pour, ensuite, leur obéir ou leur désobéir *selon ce que leurs jugements privés estimeront convenable* » : *Léviathan*, trad. par G. Mairet, Paris, Gallimard, coll. Folio essais, respectivement, p. 393, p. 406 et p. 479 (nous soulignons). Avant même Hobbes, une idée similaire, quoique moins développée, était exprimée par Bodin : « Aussi voyons nous à la fin des édits et ordonnances ces mots : CAR TEL EST NOTRE PLAISIR, pour faire entendre que les lois du Prince souverain, [bien] qu'elles fussent fondées en bonnes et vives raisons, néanmoins qu'elles ne dépendent que de sa pure et franche volonté », J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, éd. Le livre de poche (abrégé de l'édition de Paris de 1583), 1993, p. 121 (nous soulignons). Sur ces questions, voir O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 61 qui souligne l'aspect novateur de l'idée introduite par Hobbes et Bodin selon laquelle « [la] juridicité [de la loi] ne dépend plus de la vérité ou de l'autorité de son contenu ».

161. Ceci explique pourquoi Hobbes croit que la souveraineté ne peut pas être partagée : instaurer plusieurs instances ayant droit à guider le comportement des sujets équivaldrait à réintroduire une multiplicité de raisons d'agir, pas nécessairement compatibles entre eux, de sorte que les individus seraient amenés à délibérer sur la base de leurs propres évaluations subjectives afin de décider quel commandement suivre.

cependant réduit le droit du souverain à des commandements unilatéraux assortis de sanctions. Il en est ainsi parce qu'il prônait une légitimité minimale de l'État : il suffisait qu'il empêchât le retour à l'état de nature. Or, la peur de la violence étant la seule raison, selon Hobbes, qui est assez forte pour justifier la sortie de l'état de nature, c'est la même peur, voire la peur de la sanction, qui peut également justifier le maintien de l'autorité de l'État¹⁶². Ayant une conception si étroite des raisons qui peuvent justifier la création d'une communauté politique, Hobbes personnifie l'État sous la forme d'une instance transcendantale, le Léviathan, pour conceptualiser la manière par laquelle l'État arrive à faire respecter le droit par la seule menace des sanctions, surtout lorsque le droit porte sur des domaines qui vont au-delà du simple maintien de la paix civile.

Toutefois, le Léviathan n'existe pas. Même dans la dictature la plus autoritaire il faut qu'il existe un groupe d'individus qui reconnaissent l'autorité du droit indépendamment de la prévision de sanctions. Sinon, il faudrait que le dictateur soit un Léviathan capable de punir tout seul tous ses sujets. Plus encore, dans les États démocratiques, la légitimité du droit dépasse de loin le maintien de la paix civile. Dans ces États, les citoyens ont des raisons substantielles pour obéir au droit indépendamment de l'existence de sanctions¹⁶³. Ainsi, la différence entre une dictature et un État de droit consiste en ce que, dans ce dernier, il n'y pas que la nomenclatura administrative ou militaire qui croit à la légitimité du droit. Formellement pourtant, l'autorité et la normativité du droit sont établies de la même façon : les deux régimes expriment la même prétention, à savoir qu'ils sont des autorités légitimes.

La prétention à la légitimité même par les régimes les plus oppressifs indique ce qui rend en premier lieu possible la distinction entre un État et une bande de brigands : un État ne se reconnaît jamais comme une instance qui s'intéresse simplement à la conduite de ses sujets et non pas aux raisons de cette conduite¹⁶⁴.

162. A. MACINTYRE, *A Short History of Ethics*, 2^e éd., London, New York, Routledge, [1998], 2002, p. 88 : « [Hobbes] has such a limited view of human motives that he cannot provide any other explanation for acceptance of authority than the fear of sanctions [...] he has such a limited conception of human desires that he necessarily has a limited conception of political authority ». En effet, Hobbes adopte une théorie morale réductionniste, selon laquelle les hommes agissent en fonction des raisons prudentielles, par oppositions aux raisons substantielles qui sont nécessaires pour justifier l'autorité du droit indépendamment de la peur des sanctions. Sur cette conception réductionniste et instrumentale de la raison pratique, voir D. GAUTHIER, *The Logic of Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 89-98.

163. Voir N. BOBBIO, *De la structure à la fonction : Nouveaux essais de théorie du droit*, trad. et introd. par D. Soldini, Paris, Dalloz, 2012, p. 102 et s. sur le lien entre l'interventionnisme accru des états modernes et l'emploi par le droit des incitations et des récompenses comme moyens pour assurer la coopération volontaire des citoyens.

164. L. GREEN, *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 75. Sur la vérité

En d'autres termes, si une différence existe entre les deux, elle consiste en ce que l'État, par sa prétention à être légitime, s'adresse à ses sujets comme une instance dont les commandements doivent être respectés non pas afin d'éviter une sanction mais *parce qu'ils émanent d'une autorité légitime* à émettre de tels commandements et à les assortir de sanctions. Pour qu'un État existe, il faut dès lors qu'il arrive à *faire une différence dans le raisonnement pratique de ses citoyens* (ou, à la limite, de ses officiels) consistant en ce que ces derniers arrivent à *distinguer* l'obligation d'obéir au droit de la prévision de sanctions.

b) L'autorité du droit et les sanctions.

Cette distinction peut être illustrée par un exemple théologique. Dans la théologie chrétienne, le bon fidèle n'est pas celui qui se conforme aux commandements divins par peur de l'enfer. L'enfer n'est que la conséquence du fait de ne pas être chrétien et non pas une raison pour l'être. Ainsi, quelqu'un qui suit à la lettre les commandements divins par peur d'aller en enfer, finira, malgré tout, en enfer. La raison en est qu'il n'a pas suivi les commandements divins, il leur a simplement obéi¹⁶⁵. Heureusement, quelqu'un qui suit à la lettre le droit simplement par peur d'être sanctionné ne court pas un risque pareil. L'obéissance est, dans la plupart des cas, une condition suffisante pour qu'on ne soit pas sanctionné. Elle n'est pourtant pas une condition suffisante pour qu'une autorité politique puisse exister sous forme d'un ordre juridique : l'obéissance reposant sur des raisons variées comme la peur, l'habitude ou l'intérêt propre consiste à *faire ce qu'il faut mais non pas pour la raison qu'il faut*¹⁶⁶.

Plus précisément, l'analogie avec la théologie montre que ce qui constitue une autorité (divine ou politique) n'est pas l'existence de sanctions mais la justification des règles dont la violation est sanctionnée. Car en fait, vu la nature autoritaire du droit, le problème moral pressant qui se pose n'est pas de savoir s'il est justifié d'obéir au droit, mais s'il est justifié d'obéir pour la seule raison que c'est le droit qui exige notre obéissance¹⁶⁷. L'objet de cette justification, qui constitue la légitimité du droit, n'est pas la question de savoir si le droit peut assortir ses règles de sanctions ; il s'agit de savoir s'il y a des bonnes raisons pour regarder ses

substantielle de la prétention à la légitimité en tant que critère de distinction entre un ordre juridique et une bande de brigands, voir le débat entre : voir R. ALEXY, *The Argument from Injustice*, p. 32 et s. ; R. ALEXY, « An Answer to Joseph Raz », p. 49-50 ; J. RAZ, « The Argument from Injustice, or How not to Reply to Legal Positivism », p. 26-28.

165. Sur cette distinction, voir J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, p. 171.

166. L. GREEN, *The Authority of the State*, p. 87.

167. *Ibid.*

règles comme des raisons d'agir péremptoires et indépendantes du contenu. En d'autres termes, la légitimité du droit porte sur sa prétention à édicter des règles autoritaires et non pas sur sa prétention de détenir le monopole d'imposer des sanctions tout-court.

De ce fait, la contrainte peut garantir l'efficacité du droit, mais elle ne peut pas fonder sa normativité¹⁶⁸. En fait, une sanction constitue une réponse à la violation d'une règle. Or, si la règle n'était pas déjà autoritaire – à savoir, si elle n'exigeait pas d'être respectée en tant que règle et non pas comme une simple condition du non prononcé d'une sanction – en quoi l'existence de la sanction serait-elle justifiable ? Certes, l'État persuade ses sujets de ne pas violer le droit par la menace d'une sanction. Or l'existence d'une sanction est indicative de l'existence d'une règle qui ne devrait être violée. Dans le cas des brigands, c'est la sanction qui constitue une raison d'agir, et il s'agit, de ce fait, d'une raison purement prudentielle – faire ce que les brigands commandent pour éviter un mal –, et non pas d'une raison normative. En revanche, le droit n'arriverait pas à être normatif, en tant qu'autorité, si la *raison d'agir* de ses sujets était la sanction et non pas la règle juridique elle-même. Ainsi, contrairement aux brigands, dont les commandements ne sont interprétés ni par eux-mêmes ni pas leurs victimes comme des règles dont la violation est assortie d'une sanction, la sanction juridique est réservée à l'encontre de ceux qui échouent à reconnaître la force autoritaire des raisons d'agir fournies par le droit : les sanctions sont des raisons d'agir de deuxième ordre – faire ce que le droit ordonne pour éviter la sanction – qui n'interviennent que lorsque les sujets échouent à reconnaître les raisons de première ordre qui s'appliquent à eux – faire ce que le droit ordonne parce que c'est le droit qui l'ordonne¹⁶⁹.

168. *Ibid.*, p. 75. La distinction entre la normativité et les sanctions était déjà établie par Hart avec le concept de point de vue interne. Comme nous l'avons remarqué, Hart souligne que la reconnaissance du caractère obligatoire d'une règle nous permet de distinguer entre, d'une part, un simple commandement que nous obéissons parce « nous sommes obligés », et, d'autre part, une règle que nous suivons parce « nous avons une obligation » (voir, *supra*, I.B). Depuis lors, et suite aussi à l'introduction du concept de raisons d'agir, la distinction conceptuelle entre la normativité et les sanctions constitue une thèse partagée par la majorité des auteurs. Voir à titre indicatif : L. GREEN, « Law and Obligations », p. 516-519 ; N. MACCORMICK, « Legal Obligation and the Imperative Fallacy » et P.M.S. HACKER, « Sanction Theories of Duty », in : A.W.B. SIMPSON (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence : 2nd Series*, Oxford, Oxford University Press, 1973, respectivement, p. 100-130 et p. 131-170 ; S. SHAPIRO, « What is the Internal Point of View ? », p. 1166-1167. *Contra* : F. SCHAUER, « Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law », *Ratio Juris*, 23, 2010, p.1-21. Selon cet auteur, la distinction conceptuelle en question ne peut pas saisir la façon dont les systèmes juridiques fonctionnent en réalité.

169. *Comp.* cette idée à la thèse de Kelsen suivant laquelle « L'obéissance au droit, c'est cette conduite au contraire de laquelle un acte de contrainte est attaché à titre de sanction. C'est avant tout la conduite qui évite la sanction », *Théorie pure du droit*, p. 237 (nous soulignons). Kelsen affirme aussi que « l'ordre normatif qui statue des sanctions présuppose que le souhait d'éviter le

Si l'on conçoit la sanction comme une conséquence et non pas comme la cause de l'autorité du droit, on peut se réconcilier avec l'idée de règles juridiques qui ne sont pas assorties de sanctions. Le concept du droit en tant qu'instance pratique autoritaire explique comment les dispositions constitutionnelles, par exemple, sont traitées comme des règles obligatoires par les acteurs constitutionnels même lorsqu'il n'y a pas d'intervention d'un juge constitutionnel. Certes, une jurisprudence constitutionnelle renforce l'efficacité des dispositions constitutionnelles. L'existence, pourtant, d'un juge constitutionnel, en tant que manifestation de la volonté d'accroître l'efficacité constitutionnelle, procède de l'autorité de la Constitution et ne la précède pas.

Cette autorité, fondée sur la croyance en la légitimité de la Constitution, a été depuis longtemps regardée avec suspicion par les positivistes qui hésitaient à « toucher » aux fondements politiques et moraux du droit. L'idée de prétention à la légitimité permet au positivisme contemporain de se rendre compte de la normativité du droit sans pour autant compromettre ses propres prémisses positivistes : le droit est normatif parce que nous le traitons comme une autorité légitime, non pas parce qu'il est une autorité légitime. La doctrine positiviste contemporaine retient ainsi l'idée que l'existence du droit relève d'une question de fait, à savoir de l'existence de certaines pratiques, et non pas d'une question de moralité. Cette doctrine insiste simplement sur l'idée que, si le droit est un pur artefact humain, on ne peut pas comprendre sa normativité si l'on ne comprend pas ce qu'il prétend être et ce que ses sujets pensent qu'il est¹⁷⁰. Quelle que soit alors la pertinence de ces thèses positivistes, il serait contre-productif pour la théorie du droit de ne pas se pencher sur celles-ci et de discréditer le positivisme par principe en l'associant à un « paravent méthodologique » qui entraîne des « mésaventures ».



mal statué en cas de la violation de la norme [...] est le motif pour lequel les adressataires adoptent un comportement conforme à la norme », précisant pour autant que « les normes peuvent être observées ou appliquées pour bien d'autres raisons » : H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. Par O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, coll. Léviathan, [1979], 1996, p. 183-184. Ces remarques montrent que le refus de Kelsen de prendre en compte le rôle des normes dans notre délibération pratique l'oblige à identifier la conduite qui est guidée par le droit à la conduite qui vise simplement à éviter la sanction. Toutefois, Kelsen ne mentionne pas le motif le plus évident qui pourrait expliquer l'obéissance au droit : la décision de suivre le droit pour la simple raison que c'est le droit, et non pas pour des raisons non juridiques et personnelles, comme la morale ou la peur des sanctions. On pourrait ainsi se demander si Kelsen ne doute pas de la possibilité même du droit de guider notre conduite par des raisons d'agir juridiques qui se distinguent des raisons d'agir personnelles.

170. J. RAZ, « On the Nature of Law », p. 107.

Résumé de l'article :

La doctrine antipositiviste française identifie souvent le positivisme juridique en général au programme épistémologique d'une théorie particulière, celle de Kelsen. Élaborées dans ce cadre réductionniste, les critiques formulées contre le positivisme peuvent être regroupées autour de deux thèses. La première est celle du juriste apathique, selon laquelle le positivisme incite les juristes, ou leur procure le prétexte, à ne pas évaluer moralement le droit positif. La deuxième thèse est celle du juriste normativiste, selon laquelle le positivisme se montre indifférent pour les fondements du droit positif. Le premier objectif de cet article est de montrer que la deuxième thèse est rejetée par le courant du positivisme le plus influent actuellement, à savoir par le positivisme analytique, et que la première thèse est rejetée tant par le positivisme analytique que par le positivisme kelsénien. Le deuxième objectif est de présenter les thèses principales défendues par le positivisme analytique et de montrer que ces thèses portent sur des questions que la doctrine antipositiviste française considère communément comme étant *a priori* exclues du champ d'étude des théories positivistes, comme le sont les questions relatives à l'inclusion de la morale dans le droit positif et la question du lien entre l'autorité et la légitimité du droit positif.