

LE PHÉNOMÈNE JURIDIQUE

SOMMAIRE

- I. — « *L'expérience phénoménologique* » du droit.
- II. — *La norme juridique comme élément d'un ordre.*
 1. — Norme et modèle.
 2. — La spécificité de la norme juridique.
 - a) L'obligation, ou devoir juridique.
 - b) Le droit, ou pouvoir juridique.
 - c) L'articulation des éléments normatifs.
 3. — Les normes juridiques s'articulent en ordres.
- III. — *L'ordre juridique comme ordre social.*
 1. — Droit et société.
 2. — Droit et nécessité.
- IV. — *La fonction de l'ordre juridique.*
 1. — Rationalisation et organisation des rapports sociaux.
 2. — Ordre et justice.
- V. — *La validité du droit.*
 1. — Validité et facticité.
 2. — Validité et « droit supérieur ».

I. — « *L'expérience phénoménologique* » du droit.

Dans une « science » dont les travaux portent encore le nom de « doctrine », comme c'est le cas de la science du droit, l'argument d'autorité a conservé, au détriment de l'observation raisonnée, une place qu'il a perdue partout ailleurs.

Il en résulte d'étranges conséquences. L'une des moins étonnantes n'est pas cette incertitude qui subsiste, aujourd'hui encore, sur l'objet

propre de cette science. Tout le monde admet que c'est le droit, mais on est loin d'un accord sur ce que le droit est. Ainsi voit-on certains théoriciens refuser absolument de donner ce nom à des ensembles normatifs, comme le droit international, auxquels d'autres juristes consacrent toute leur activité scientifique.

Ce paradoxe s'explique, précisément, par le fait que la définition du droit est doctrinale. On ne cherche pas à établir ce que le droit est, mais ce qu'il doit être, en conséquences de préjugés philosophiques, méthodologiques, ou même idéologiques. La notion de droit n'est pas un point de départ, mais le point d'arrivée d'une construction qui, pour se nourrir, a bien dû partir d'une certaine idée de son objet, parfois empirique et informulée, mais le plus souvent empruntée à la doctrine antérieure, ou « dominante ». Aussi les querelles sur le droit ne se règlent-elles pas en faisant appel d'une observation imparfaite, ou dont les résultats ont été mal interprétés, à une prise en considération plus rigoureuse et plus objective du donné. Elles donnent lieu, bien plutôt, à un échange, souvent passionné, d'arguments logiques, de raisonnements plus ou moins spécieux. Chacun oppose « sa » conception du droit à celle de son adversaire, en essayant de montrer les contradictions où la seconde ferait tomber qui s'y fie.

C'est, dira-t-on, la nature même de cet objet qui impose une méthode aussi scolastique. Le droit n'est pas une réalité matérielle, soumise aux lois du déterminisme, comme celle dont s'occupent les autres sciences. C'est une construction intellectuelle, ou (pour employer un qualificatif emprunté à la langue germanique) culturelle. Les méthodes des sciences naturelles ne peuvent donc convenir à la science du droit, dont la méthodologie doit s'adapter à ces particularités, si elle veut mériter d'être dite scientifique.

Une telle argumentation, très familière, nous met en présence d'un bel exemple de pétition de principe. Les affirmations sur la « nature » du droit qu'on vient de formuler conduisent à une notion qui ne s'impose pas par son évidence, mais représente, tout au contraire, le point d'aboutissement d'une élaboration intellectuelle plus que millénaire, qui bénéficie, en vertu de cette ancienneté même, d'une acceptation tellement spontanée qu'elle revêt toutes les apparences — mais les apparences seulement — de l'évidence.

Pour sortir de ce cercle, il n'existe qu'une issue : s'efforcer d'oublier tout ce qu'on a appris et revenir à la réalité pour la voir avec un œil neuf. Or, c'est la démarche même de la phénoménologie. Celle-ci requiert de mettre « entre parenthèses » tout l'acquis des connaissances et de jeter ce qu'elle appelle un regard « naïf », libéré de préjugés, sur ce

qui se donne à l'expérience immédiate, avant toute construction intellectuelle s'interposant entre le regardant et le regardé, pour colorer la vision du premier. Il ne faut plus considérer « le droit », qui est une notion, donc déjà le résultat d'une construction intellectuelle, mais « le phénomène juridique », tel qu'il se donne à la conscience « naïve ».

Il y a quelques années, nous nous étions aventuré dans une tentative de cet ordre, à la découverte des structures fondamentales de la pensée juridique qui se retrouvent dans tous les ordres juridiques qu'ont construits les sociétés humaines (1). Une telle recherche relève de la phénoménologie au sens large et on peut en dire autant de toute contribution à la théorie générale du droit qui tend à atteindre l'essence du droit en partant d'une confrontation (d'une réduction eidétique, diraient les phénoménologues) entre les systèmes juridiques observables, plutôt que par une construction logique ou une critique des opinions doctrinales. La phénoménologie juridique compte donc maint précurseur (2), mais beaucoup ont fait de la phénoménologie comme M. Jourdain faisait de la prose, et les autres n'en ont retenu que l'orientation et l'esprit. Les procédés, les concepts et le langage mis en honneur par Husserl n'avaient jamais été l'objet d'une utilisation systématique dans le domaine de la théorie du droit, en langue française tout au moins, jusqu'à l'ouvrage récemment publié par Paul Amselek sous un titre qui définit bien son propos (3).

L'essai a été conduit avec vigueur et talent et démontre, dans ce

(1) *La pensée juridique*, Paris, L. G. D. J., 1960.

(2) On a même pu dire de l'œuvre de Kelsen, habituellement associée à une tout autre école philosophique, qu'elle avait une démarche fondamentalement phénoménologique, ce qui est, peut-être, un peu excessif, et de la théorie pure du droit qu'elle annonçait déjà la phénoménologie juridique, ce qui paraît plus juste (cf. AMSELEK, ouvrage cité dans la note suivante).

(3) Paul AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, L. G. D. J., 1964. En allemand, au contraire, la phénoménologie juridique constitue déjà une branche très importante de la philosophie du droit. HUSSERL lui-même a abordé, à plusieurs reprises, le problème du droit, mais c'est surtout REINACH qui s'y est consacré de façon systématique. Sur la littérature existante, v. l'excellente bibliographie figurant à la fin de l'ouvrage d'AMSELEK, ainsi que Nicos A. POULANTZAS, Notes sur la phénoménologie et l'existentialisme juridiques, *Archives de Philosophie du droit*, 1963, p. 213 et s., qui conteste, d'ailleurs, l'orthodoxie de la phénoménologie d'AMSELEK. Add. l'article de MAIHOFER, dans le même numéro des *Archives*, ainsi que les *Archives de Philosophie du droit*, nouvelle série, n° 10, 1965, numéro consacré aux systèmes philosophiques modernes (dont la phénoménologie) face au droit.

nouveau domaine, la fécondité de la démarche phénoménologique. Les résultats critiques sont très remarquables : la phénoménologie est une remise en question et on pouvait attendre d'elle une mise à nu des préjugés et des postulats, souvent aussi informés que peu fondés, sur lesquels repose, nous le disions plus haut, la doctrine traditionnelle. L'effort de reconstruction a, peut-être, été moins heureux. La méthode phénoménologique n'est probablement pas en cause, mais il faut bien reconnaître que sa mise en œuvre présente des difficultés très particulières en matière juridique. Nous y viendrons dans un instant. Dans le cas présent, des influences extérieures, celle de Kelsen notamment, sont venues, en outre, par attraction ou répulsion, en perturber quelque peu la mise en œuvre.

Notre propos, cependant, n'est pas critique. Nous ne voulons pas davantage reprendre à notre compte une tentative qui sera certainement continuée. Mais l'occasion paraît bonne d'insister sur un point, qui dépasse de beaucoup la question de la méthode phénoménologique, laquelle restera réservée à quelques juristes philosophes. Il est essentiel, pour la science du droit, d'apercevoir que, comme nous l'avons dit plus haut, *son objet est le phénomène juridique* — et non pas une quelconque « notion de droit », plus ou moins arbitrairement définie, c'est-à-dire l'idée, forcément réductrice, qu'on s'est faite, *a priori*, de ce phénomène et de la façon de l'approcher. Sans cette reconnaissance, la science du droit ne sera jamais complètement purgée du péché d'idéalisme et ne parviendra jamais — c'est notre conviction — à s'établir sur des bases objectivement valables — correspondant, par conséquent, à ses ambitions.

Il n'est nul besoin d'être phénoménologue patenté, ni même de se rattacher à une école philosophique particulière, pour parvenir à cette conclusion. Il suffit de se souvenir que, pour faire œuvre scientifique, on doit aller de l'observation au concept, et non de l'idée au phénomène.

Nous n'emprunterons donc à la phénoménologie que son point de départ : l'expérience phénoménologique (4). Et encore entendons-nous

(4) En d'autres termes, nous ne retiendrons que le précepte fondamental du « retour aux choses elles-mêmes » (*Zurück zur Sachen selbst*). Ce qui ne veut pas dire que nous négligerons l'abondante moisson d'analyses et d'idées qu'engrange *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Bien au contraire, nous aurons souvent l'occasion de nous y référer dans le corps de cette étude, soit pour y puiser, soit pour nous en distancer. La lecture de cet ouvrage constitue une provocation constante à la réflexion, par les critiques acérées, parfois un peu hâtives, mais toujours allègres, que son auteur adresse à ses devanciers, par le renouvellement de maintes perspec-

nous y livrer en mettant entre parenthèses, suivant le précepte même de la phénoménologie, toutes les querelles qui opposent les philosophes sur la nature et la signification de cette expérience. Si nous osions cette énormité, nous parlerions d'une attitude empiriquement phénoménologique. Après tout, le phénomène n'est pas le bien d'une école philosophique déterminée et on peut le prendre en considération sans se soumettre à une allégeance. Mais nous voudrions le saisir tel qu'il s'offre à la conscience, à l'état brut, en quelque sorte, encore indistinct, pour voir ses contours se préciser peu à peu, au fur et à mesure que l'œil s'accommode. Point de départ malaisé, d'ailleurs, ce qui explique qu'on ait préféré, plus souvent, partir d'une critique des opinions reçues ou de positions philosophiques préétablies. La phénoménologie parle d'un regard naïf ; or, sans faire de mauvais esprit, force est de reconnaître la difficulté de demander au juriste de faire preuve de cette « naïveté ». J'entends par juriste le professionnel du droit. Qu'il soit « théoricien » — c'est-à-dire enseignant ou engagé dans une recherche de caractère scientifique — ou qu'il appartienne à la gamme si étendue des « praticiens », le juriste professionnel a beaucoup de peine, face au phénomène juridique, à oublier, même provisoirement — à « mettre entre parenthèses » — ce qu'il a appris sur le droit, pendant ses années de Faculté et par son métier. Ce qui est plus grave, c'est que son point de vue est marqué par sa spécialisation : c'est celui d'un utilisateur, parfois d'un manipulateur. Le juge, l'avocat, le conseiller fiscal, le rédacteur de statuts de sociétés, l'auteur de textes réglementaires, ont chacun leur optique particulière. Le professeur a la sienne, colorée par les traits spécifiques de la branche qu'il enseigne ou qu'il tient pour plus fondamentale (5). Aucun ne parviendra à s'en libérer s'il se borne seulement

tives de la pensée juridique, par l'apport de concepts neufs pour la science juridique (nous en discuterons quelques-uns), par des thèses parfois révolutionnaires. On peut regretter seulement que ses intuitions les plus fécondes n'aient pas toujours été suivies jusqu'à leur terme, ce qui l'a notamment retenu au bord d'une définition vraiment satisfaisante et convaincante de la « juridicité » ou, pour parler plus simplement, du droit.

(5) La vision du droit de Kelsen, pour prendre cet exemple, est fondamentalement « pénaliste » (la norme qu'il décrit le conduit à choisir presque toujours ses illustrations dans le droit pénal, ce qui est significatif). En revanche, les visions d'un Duguit ou d'un Hauriou sont nettement marquées par le droit constitutionnel et le droit administratif. L'auteur de la présente étude n'aurait probablement pas été conduit aux thèses qu'il a soutenues dans la *Pensée Juridique*, s'il n'avait pas porté autant d'intérêt au droit international public. Ce même intérêt n'est sans doute pas étranger à l'attention persistante qu'il porte à la théorie générale du droit.

à prétendre mettre ses connaissances entre parenthèses et ne va pas jusqu'à se dépouiller de sa robe et de tous ses attributs (6).

Le regard « naïf » ne peut être que celui de l'homme quelconque, du sujet de droit λ, soumis au droit comme tout le monde, ayant donc fait un nombre considérable d'expériences juridiques communes, n'ayant pas même tendance à se référer à une affaire particulière, pénale, civile ou autre, mais forcément spécifique, qui aurait occupé une place exceptionnelle dans son histoire personnelle. Il est le sujet idéal pour procéder à ce que les phénoménologues nomment « réduction eidétique », c'est-à-dire pour superposer le plus grand nombre possible d'expériences (vécues ou imaginaires) d'un phénomène, afin d'en éliminer les traits particuliers et contingents (sa « facticité ») et de faire apparaître son « essence » : ce qui le constitue de façon constante. Tel est donc le poste d'où il convient de regarder.

Vu sous cet angle, le droit se présente d'abord comme un ensemble extrêmement complexe, une masse énorme, redoutable d'aspect, contraignante, même oppressante, bien que, à d'autres égards, rassurante et protectrice. En un mot, la forêt apparaît avant les arbres. Sa véritable nature défie l'analyse. Dans une certaine mesure, c'est le visage même de la société, dominant l'individu ou le soutenant. Ce sont des hommes aussi, prétendant agir au nom de la société et disposant de sa puissance. C'est encore une « règle du jeu » à laquelle chacun est soumis, à commencer par ceux-là qui veulent la faire appliquer. Le premier contact avec le droit, surtout s'il s'agit d'un système juridique hautement développé, ne manque pas d'être kafkaïen : « Le Procès » représente un bon exercice de phénoménologie juridique.

Pourtant, s'il sort de ce rêve éveillé, le sujet de droit peut discerner rapidement, se détachant de la masse, un certain nombre d'éléments le concernant personnellement, qui varient suivant les circonstances où il se trouve placé, mais relèvent tous, en gros, des deux catégories

(6) Il est tout à fait remarquable qu'AMSELEK, lorsqu'il cherche à définir le « sujet transcendantal de l'expérience du phénomène juridique » ne pense qu'au « juriste » — et, à aucun moment, au simple sujet de droit (*op. cit.*, p. 362 et s.). Il précise bien qu'il ne s'agit pas d'une catégorie professionnelle déterminée, ni nécessairement d'une activité de connaissance du phénomène juridique (p. 362, note 2), mais il s'agit toujours d'un professionnel : professionnel de la connaissance scientifique ou praticien (faisant une expérience « artisanale » : p. 364). Cette position de départ ne pouvait le conduire à voir dans le droit que ce qu'il est pour le « juriste » : un instrument, un « outil » — il y parvient en effet. Contre cette tendance envahissante, il ne faut pas se lasser de dire que, malgré tous leurs efforts, « le droit n'est pas la chose des juristes ».

familiales du *devoir* et du *pouvoir*. Devoirs et pouvoirs d'un caractère assez particulier : suivant l'usage qu'il en fera, le sujet verra la masse du droit se porter contre lui ou, tout au contraire, se mettre à son service. En vertu de ces éléments juridiques, à certains de ses comportements, actifs ou passifs, seront attachées des conséquences fâcheuses : on le soumettra à une peine, on le privera de certains avantages, on le contraindra à certaines prestations. Sa liberté subira donc une atteinte, sous la forme de ce qu'on nommera « obligation » ou « interdiction », lui prescrivant une certaine conduite. Nous sommes dans la catégorie du devoir.

Dans d'autres cas, au contraire, ces mêmes éléments juridiques lui permettront de provoquer une action de la société en sa faveur : on lui garantit que sera respectée la situation avantageuse dans laquelle il se trouve ou a su se placer, que ses volontés seront exécutées, que l'argent ou les objets qu'on lui a promis lui seront remis. Si ceux qui sont tenus à ces attitudes ou à ces prestations ne les fournissent pas, il pourra obtenir qu'ils y soient contraints ou réparent leurs manquements. Cette fois on parlera de droits, qui assurent sa liberté et lui permettent d'obtenir des autres ce qu'il en attend. Nous sommes dans la catégorie du pouvoir.

Ces deux éléments apparaissent, en première saisie, comme irréductibles et même antagonistes, mais, par là même, liés l'un à l'autre et, dans une large mesure, complémentaire, puisque au pouvoir — ou droit — dont l'un dispose, répond le devoir — ou obligation — dont l'autre est chargé. On passe aisément de l'un à l'autre par une démarche logique. Dès lors, une même proposition peut exprimer aussi bien leur contenu que la relation qui les unit. Nous nommerons « norme juridique » une telle proposition.

Nous sommes en mesure, maintenant, de revenir à la masse confuse qui avait été l'objet de notre première perception et dont ces éléments s'étaient détachés, mais sans vraiment s'en séparer, puisqu'ils se sont présentés comme des moyens de provoquer ses réactions. Nous nommerons cette masse : « ordre juridique » et nous pourrions dire, en première approximation, que l'ordre juridique constitue un ensemble de normes juridiques par quoi sont exprimés des droits et des obligations, ainsi que les rapports qui les rassemblent.

Ces quelques indications sont fort loin d'épuiser le contenu de l'expérience initiale et la richesse du phénomène juridique. Nous nous en contenterons provisoirement et essaierons seulement, dans le cours de cette étude, d'élucider ce qu'elles ont d'encore confus et obscur. Nous nous efforcerons de le faire de façon progressive et ordonnée, mais,

anticipant sur les résultats de cette analyse, il n'est peut-être pas inutile d'énoncer dès l'abord certaines des conclusions dominantes qui s'en dégagent, et qui risquent de heurter.

La première est que le droit (au sens subjectif), ou pouvoir juridique, représente l'élément juridique le plus typique, le plus spécifique, beaucoup plus que l'obligation dont on s'acharne à faire le critère du juridique. Bien qu'il revête les formes les plus diverses (le droit dit subjectif n'est que l'une d'entre elles) et porte les noms les plus variés, il est présent dans tous les systèmes de droit, et c'est sa présence qui permet de les reconnaître comme tels.

En second lieu, bien des obstacles auxquels se heurte la théorie du droit et qu'elle s'efforce de réduire par des prouesses logiques épuisantes et souvent peu convaincantes, ne sont redoutables que parce qu'on les aborde à un mauvais niveau : celui des droits, des obligations ou des normes, individuellement considérés. Dans beaucoup de cas, il suffit de se placer au point de vue de l'ordre juridique dans son ensemble pour que les difficultés s'aplanissent, que les choses redeviennent simples et que la logique se réconcilie avec le sens commun (7). On le verra, par exemple, à propos de la définition du droit ou de la question de la validité.

La prise en considération des éléments précédents conduit, en fait, à un élargissement de la notion de droit, qui interdit de le réduire au seul droit étatique, ce que trop de juristes ont tendance à faire, au moins de façon pratique, même s'ils s'en défendent sur le plan de la théorie. Un grand nombre des affirmations habituellement et traditionnellement proférées à propos du droit en général ne concernent, en fait, que le seul droit étatique. Il est temps de dépasser cette confusion, si explicable soit-elle, si on veut établir la connaissance du droit sur des bases réellement objectives et répondre ainsi aux exigences d'une discipline qui se veut scientifique (8).

(7) Lequel, s'il est authentique, n'est pas autre chose qu'une vue « naïve » du phénomène « tel qu'il se donne ».

(8) La réduction du droit au droit étatique est, certes, tentante, puisque ce dernier représente, aujourd'hui, la très grande masse du droit positif, la plus importante au point de vue social et politique, et la plus développée techniquement. C'est aussi la plus facile à connaître, grâce, précisément, à sa formalisation supérieure. Les conséquences fâcheuses d'une telle confusion ne sont, cependant, pas négligeables, même au point de vue de l'analyse du droit étatique. Il est juste de dire qu'elle n'est pas le monopole de la doctrine européenne traditionnelle (et surtout du normativisme). Elle se trouve aussi, de façon particulièrement accentuée, à la base de la conception marxiste-léniniste du droit.

Finalement, la conception même de la science du droit se trouve remise en cause. Partir du phénomène juridique contraint le juriste à élargir ses perspectives pour saisir toutes les dimensions de ce phénomène, y compris ses dimensions socio-historiques et ses dimensions éthiques et idéologiques.

Ce sont là, croyons-nous, les conséquences les plus importantes de l'approche phénoménologique du droit (9) et, probablement, celles qui susciteront le plus de résistance.

II. — La norme juridique comme élément d'un ordre.

Nous avons défini la norme juridique, en première approximation, comme une proposition exprimant des droits et des obligations ainsi que les rapports qui les lient. Amssek insiste sur le fait qu'elle se présenterait toujours et nécessairement sous la forme d'une « proposition syntactique », écrite ou orale, sous le prétexte que, dans le cas contraire, elle ne pourrait être ni connue ni transmise (10). L'observation ne confirme pas cette affirmation. La norme juridique, certes, ne peut être transmise (et sortir, par conséquent, des représentations purement subjectives) que si elle est objectivée, mais cette objectivation ne résulte pas nécessairement d'une formulation verbale. Dans la pratique, un grand nombre de normes ne sont connues que par l'interprétation de comportements pris comme modèles ou par l'intermédiaire d'un raisonnement logique. C'est le cas, en particulier, des normes coutumières et, très fréquemment, des normes jurisprudentielles. C'est le cas aussi, bien qu'on le remarque moins, d'une partie des normes de droit écrit. Le langage de la loi est souvent elliptique et il faut fréquemment déduire une règle d'une proposition qui ne l'énonce pas expressément, voire même du rapprochement de plusieurs dispositions indépendantes. L'exemple classique est celui de la loi pénale qui, en décidant que tel comportement sera puni d'une peine déterminée — injonction qui ne s'adresse qu'au tribunal — pose implicitement mais clairement une

(9) Voir sur ce point, tout le titre II de *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, intitulé : « Phénoménologie de la théorie du droit » (*op. cit.*, p. 361 et s.), qui propose une définition radicalement nouvelle de la science du droit, évacuant tout ce qui était, traditionnellement, inclus dans cette discipline. Même si on estime que cette révolution héroïque va trop loin, il y a beaucoup à retenir, à la fois de sa critique de la conception classique, abaissée au niveau d'une simple technologie, et de ce qui est suggéré pour la remplacer.

(10) *Op. cit.*, p. 64 et 168.

interdiction à l'intention de tous ceux qui seraient tentés d'observer un tel comportement. Un raisonnement simple conduit à cette conclusion. Encore est-il nécessaire d'y recourir pour dégager le contenu de la norme.

On ne saurait donc aller au-delà de la constatation qu'une norme juridique est toujours *susceptible* d'être formulée par une proposition verbale ou syntactique. Elle l'est, en effet, fréquemment par les soins du créateur de la norme (législateur, contractants), mais il arrive qu'elle ne le soit que par l'intermédiaire d'un interprète, autorisé ou non (11) ; en attendant elle peut être saisie de façon intuitive ou par raisonnement.

1. — Norme et modèle.

En tout état de cause, la norme ne se confond jamais avec une proposition verbale : elle est la *signification* attachée à une telle proposition (et c'est d'ailleurs ce qui explique qu'elle puisse être découverte et transmise à l'aide d'autres signes). Ce point est essentiel, mais ne nécessite sans doute pas de longs commentaires, tant il est évident. Dès lors, la question est de savoir comment caractériser cette signification. Il est clair, en effet, que la proposition normative ne décrit pas une réalité matérielle, ni un phénomène naturel ou social. Sa signification n'est donc pas un réel : ici encore, nous touchons une évidence incontestée, mais dont les conséquences sont trop souvent oubliées dans la suite des analyses juridiques. Pour Kelsen, c'est un devoir-être, un *Sollen*, et c'est bien ce qui marque la distance entre le droit et tous les autres objets de connaissance, qui relèvent de l'être, du *Sein*. Ce n'est pas le moment de discuter cette position fondamentale de la *Reine Rechtslehre*. Nous observerons seulement qu'elle n'est guère en harmonie avec notre expérience première du phénomène juridique, dans laquelle celui-ci s'est manifesté comme pouvoir aussi bien que comme devoir, sans que les deux catégories soient réduites à l'unité (12).

Le concept de modèle a été proposé par Amselek pour désigner cette

(11) C'est ce qui a amené Kelsen à distinguer la norme de la « proposition de droit » par laquelle la science du droit décrit son objet : *Théorie pure du droit*, 2^e édition, traduction Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 97 (sauf indication contraire, les références à la *Théorie pure du droit*, dans le cours de cette étude, seront faites à cette édition).

(12) KELSEN, *op. cit.*, p. 7. Cf. La critique de cette position in Le juriste et la science du droit, cette *Revue*, 1964, p. 591. Add. AMSELEK, *op. cit.*, p. 70 et s.

signification : toute proposition normative constituerait un instrument de mesure, ou, plus précisément encore, un modèle de jugement (13). On peut définir le modèle comme une représentation schématisée d'un objet quelconque : « chose » matérielle, situation sociale, conduite humaine, etc., destinée à en faire apparaître certains traits significatifs. Le modèle n'est donc pas construit à partir du réel concret, du phénomène, mais d'une représentation intellectuelle de ce phénomène : il est une abstraction. Comme la grille apposée sur un message secret, il permet de déchiffrer une réalité complexe, en éliminant tous les éléments inutiles (non significatifs) pour laisser apparaître les seuls qui soient porteurs d'un sens pour celui qui l'utilise.

Cette description, à n'en pas douter, évoque à l'esprit du juriste une expérience familière : celle à laquelle il se livre, précisément, lorsqu'il procède à un examen des faits d'une espèce en vue de les soumettre à une règle de droit. Le recours au concept de modèle paraît donc justifié. L'idée, en outre, est séduisante, car elle pourrait faciliter des rapprochements, qu'on peut espérer féconds, entre la science du droit et les autres sciences sociales, qui utilisent couramment cet instrument.

Une précision capitale, toutefois, doit être immédiatement apportée. Il existe, en effet, deux catégories, très différentes, de modèles de jugement, qui s'opposent par la nature du jugement qu'ils permettent de porter : de valeur ou de réalité.

La loi scientifique, qui décrit de façon abstraite la succession de deux phénomènes abstraitement définis, exprime, elle aussi, un modèle. Si elle est vraie, elle permet une prévision certaine et, par conséquent, un jugement de réalité. Lorsque le premier phénomène aura été constaté, on saura que le second s'est également produit ou se produira, même si les circonstances ne permettent pas de l'observer.

Il n'en va pas de même avec la loi juridique (ou la loi morale) : elle provoque un jugement de valeur. Elle permet de dire que telle conduite, déjà réalisée ou simplement en projet, est un crime ou une faute, ou bien, au contraire, un acte licite ou vertueux ; que telle situation a fait naître tel droit ou telle obligation. Elle n'autorise, en aucune façon à affirmer qu'un phénomène quelconque se produira lorsque cette

(13) AMSELEK, *op. cit.*, p. 66 et s. Le mot est neuf, dans la science juridique, mais l'idée est ancienne. Il n'y a pas beaucoup de différence entre le modèle, tel qu'il va être défini, et la conception kelsénienne de la norme comme « schéma d'interprétation » (*op. cit.*, p. 5). Le terme de modèle est cependant plus heureux, nous le verrons, en raison de sa plus grande précision, de sa valeur plus « parlante », et de toutes ses connotations.

conduite ou cette situation, aura été donnée. Ce n'est pas sa fonction (14). On se trouve donc en présence d'un modèle d'un tout autre type.

L'opposition apparaît encore à un autre point de vue. Quel qu'il soit, un modèle est le produit d'une construction de l'esprit. Il relève donc, lui-même, d'un jugement de valeur, préalable à son utilisation. Puisque la loi scientifique propose un jugement de réalité, sa valeur dépend de sa conformité avec la réalité, c'est-à-dire qu'elle se confond avec son exactitude, ou sa vérité. Elle peut être établie par la méthode expérimentale, c'est-à-dire par une confrontation avec le phénomène qu'elle prétend décrire. Dans le cas de la loi juridique, c'est l'inverse : c'est la valeur du phénomène (du fait réel), qui sera déterminée par sa conformité avec le modèle. La valeur de ce dernier — on dira ici sa « validité » — doit donc être établie par une autre méthode.

On a affirmé qu'aucune attribution de valeur n'était concevable sans référence à une norme (15), donc à un modèle, si on accepte la définition de la norme que nous discutons présentement. L'évaluation de la validité d'une norme renverrait donc à une autre norme, dont la validité serait, à son tour à vérifier, et ainsi de suite, ce qui obligerait à une *regressio ad infinitum*. Ainsi exprimée, cette opinion est tout à fait contestable. Il est vrai que la valeur d'un phénomène, d'une réalité concrète, ne lui est jamais immanente. Elle lui est attribuée et ne peut l'être que par référence à quelque chose qui lui est extérieur. On peut en dire autant de la valeur d'un concept ou de tout autre instrument mental, tel qu'une norme ou un modèle (16). Mais ce « quelque chose » n'est pas nécessairement une norme. Ce peut être un simple fait ou

(14) Cette comparaison entre loi scientifique et loi normative par référence à l'idée de modèle renouvelle heureusement la vieille opposition, qui se bornait à relever que la seconde pouvait être violée et la première non. On peut penser que la distinction des deux types de modèles va beaucoup plus loin. Ceci milite également en faveur de l'utilisation de ce concept dans la théorie du droit, bien qu'elle présente aussi certains risques (cf. AMSELEK, *op. cit.*, p. 287 et s.).

(15) KELSEN, *op. cit.*, p. 24 et s., AMSELEK, *op. cit.*, p. 48 et s., qui voit dans cette thèse de KELSEN un apport fondamental à la phénoménologie du droit.

(16) En revanche, il serait faux de dire que toute expérience des valeurs est une expérience normative. La liberté, le bonheur, la beauté, l'amour, la vérité, constituent autant de « biens » abstraits (on pourrait allonger la liste indéfiniment) saisis intuitivement comme valeurs, avec la force d'une évidence, sans aucune référence à une norme extérieure. Aussi bien ne s'agit-il pas, dans ce cas, de jugements de valeur, mais de jugements de réalité : de jugements portant sur la *réalité* d'une valeur.

un objet, un phénomène quelconque (17). On vient de le voir pour la valeur de la loi scientifique. Bien d'autres exemples pourraient être cités. C'est ainsi que la valeur d'une unité de mesure (qui est, elle aussi, un modèle de jugement), en tant que telle ne dépend pas (ou pas seulement) des particularités objectives qui l'ont fait choisir, mais de l'usage qui en est fait ou, pour parler de façon plus précise, de la généralité de cet usage : d'un état de fait, par conséquent. De même la valeur d'une monnaie ne s'établit pas par référence à un modèle de « bonne monnaie », mais par la façon dont elle est offerte et acceptée en paiement. Dans de telles hypothèses, on parle d'une valeur « conventionnelle », ce qui semble, à nouveau, renvoyer à une norme : le terme de référence utilisé pourrait être un simple fait, un « quelque chose quelconque », mais le choix de ce terme de référence serait imposé par une norme.

Même sous cette forme atténuée, l'affirmation n'est pas acceptable. Certes, à son appui, on pourrait invoquer le fait que la vérification d'une loi scientifique, pour être démonstrative, doit être opérée en respectant une méthode donnant toutes garanties de certitude et qui, dans une large mesure, est codifiée par l'usage des savants et constitue donc elle-même, un modèle. La loi « scientifique » présente donc elle-même un caractère « conventionnel » assez marqué, sur lequel les théories récentes mettent d'ailleurs l'accent. En dépit de ces observations, il reste que la détermination du terme de référence pour l'établissement de la valeur de la loi scientifique ne fait pas l'objet d'un choix et ne peut donc pas dépendre d'une norme, et c'est cela qui est fondamental. Il est imposé par l'essence de cette loi, qui est de décrire la réalité : ce ne peut être que la réalité prétendument décrite.

On pourrait en dire autant des modèles instrumentaux ou techniques, souvent déduits de lois scientifiques, qui décrivent une série d'opérations conduisant à un résultat déterminé, la fabrication d'un objet par exemple. Leur valeur se prouve par la réalisation du résultat attendu, à la suite de leur utilisation. Là encore c'est la nature du modèle et non une norme quelconque, qui dicte le terme de référence. De même pour l'unité de mesure ; conçue en vue de fournir un instrument permettant la détermination précise et la communication d'une évaluation de quantités, elle ne sera valable que si tous, effectivement, l'utilisent. De même encore, la monnaie, instrument universel d'échange, ne vaudra comme telle que si tous l'acceptent avec la même confiance. Il n'y a pas là, en réalité, de « convention » au sens juridique du terme, mais un accord

(17) « Un quelque chose quelconque » dit HUSSERL, cité par AMSELEK (*op. cit.*, p. 54).

de fait, résultant d'une identité de comportement et ne subsistant qu'autant que les comportements demeurent, en effet, identiques (18).

Les développements précédents confirment l'intérêt du concept de modèle. Celui-ci permet de retrouver les principaux problèmes que soulève la norme juridique, en les remplaçant dans une perspective plus large, laissant entrevoir des solutions neuves. Cela est spécialement vrai pour le problème de la validité de la norme juridique. Nous avons vu que la validité d'un modèle s'établit par référence à un élément extérieur. Celui-ci peut être un autre modèle, déterminant, par exemple, le contenu du premier ou les conditions de son établissement (ce qui est le cas le plus fréquent pour les normes juridiques, qui dérivent leur validité d'une norme plus élevée). Ce peut être aussi autre chose, et notamment un simple fait, à condition toutefois que ce fait se trouve dans une relation déterminée avec l'essence spécifique (ou la nature) de ce modèle, c'est-à-dire qu'il revête une signification définie par rapport à lui.

Une telle référence ne risque pas d'effacer la distinction essentielle entre droit et fait, puisque cette distinction se trouve établie déjà, sans équivoque possible et de façon irréversible, dès lors qu'on admet que la norme juridique a la signification d'un modèle. C'est peut-être même l'avantage principal du recours à ce concept, plus structuré que la notion kelsénienne de norme-schéma d'interprétation : il est clair que le modèle ne change pas de nature, ne se transforme pas lui-même en un simple fait, si sa validité est vérifiée par référence à un phénomène, à un fait.

Son acception extrêmement large, toutefois, ne recèle pas que des avantages. Elle rend aussi nécessaire et urgent de déterminer avec le maximum de précision ce qui spécifie le modèle juridique parmi tous les autres.

(18) C'est l'inverse d'une convention juridique, dont la raison d'être est de préserver un accord intervenu à un moment déterminé contre les fluctuations ultérieures des volontés de l'une ou l'autre partie. Pour le juriste, c'est une coutume. Il est fort intéressant pour lui de voir jouer ainsi un processus qui lui est familier à propos de valeurs non juridiques (mais qui peuvent entrer en relation, voire en conflit avec des normes juridiques valables : une monnaie ayant force libératoire légale peut perdre toute valeur économique ; l'introduction de nouvelles unités de mesure peut faire l'objet de dispositions législatives).

2. — La spécificité de la norme juridique.

Si on définit la norme juridique comme un modèle de jugement, il s'agit évidemment de l'un de ceux qui permettent de porter un jugement de valeur. Mais cette catégorie est encore extrêmement large. Comment caractériser la norme juridique parmi tous les modèles de ce type ? On peut songer à diverses méthodes pour y parvenir, mais avant de les essayer, il faut d'abord voir quel est son contenu, de façon plus précise que nous ne l'avons fait jusqu'à maintenant. Or, nous avons vu en elle une proposition exprimant des droits et des obligations, ainsi que les rapports qui les lient. Il convient d'analyser avec soin ces éléments, dont on peut se demander s'ils ne présentent pas eux-mêmes des traits assez spécifiques pour qu'il soit inutile d'aller chercher ailleurs ce qui distingue la norme juridique de toutes les autres.

a) L'OBLIGATION, OU DEVOIR JURIDIQUE

L'élément sur lequel l'accent est ordinairement mis avec le plus de force, de façon assez légitime, semble-t-il au premier abord, est celui d'obligation. Celle-ci se présente sous deux formes distinctes, négative et positive : celle de l'interdit, qui prohibe un comportement déterminé (laisser une voiture en stationnement, par exemple), et celle du prescrit, qui enjoint, au contraire, un comportement déterminé (circuler d'un certain côté de la chaussée). Toutes deux relèvent cependant de la même catégorie de l'impératif ou, si on les considère du point de vue de celui qui leur est soumis, du devoir : ce sont les deux contenus possibles d'un devoir.

Les normes juridiques ne sont pas les seules à définir des obligations. La norme morale et diverses normes sociales, que l'on désigne souvent par l'expression vague de mœurs ou d'usages, font de même. Dès lors, le juriste a besoin de découvrir le critère qui lui permettra de distinguer l'obligation juridique de toutes les autres. La plupart des auteurs croient le trouver dans la sanction et cette opinion est aujourd'hui généralement acceptée, même en dehors du cercle des spécialistes : le public l'a retenue. La sanction juridique, en effet, présente des traits caractéristiques, qui la font aisément reconnaître et elle revêt, pour les usagers du droit, une importance pratique trop évidente pour ne pas retenir leur attention. Enfin, elle constitue le moyen le plus généralement utilisé pour assurer le respect de la loi. Tout ceci est remarquable mais ne suffit

pas en à faire un critère acceptable. Un tel critère exige, en effet, que trois conditions soient réunies : que toute norme juridique le présente, qu'il n'apparaisse jamais dans une norme non juridique et qu'il puisse être défini sans référence à d'autres particularités de l'objet qu'il est sensé caractériser (ce seraient alors ces particularités qui seraient le véritable critère). Or, le premier point reste à démontrer : il n'est pas évident que toute obligation juridique est sanctionnée. On peut en douter si on considère le droit international public et le droit constitutionnel (voire même d'autres parties du droit public, au moins dans certains ordres juridiques). Les deux autres conditions sont encore beaucoup moins bien remplies.

La violation d'obligations non juridiques donne lieu aussi, fréquemment, à sanction. Il faut donc caractériser la sanction juridique. On la définit souvent par un acte de contrainte, mais, en fait, il lui arrive plus d'une fois d'être tout autre chose : la déchéance d'un droit, par exemple. En outre la contrainte sociale peut s'exercer aussi lorsque de simples usages sociaux, non juridiques, n'ont pas été respectés. La sanction juridique serait alors une « sanction socialement organisée ». Mais qu'est-ce que cela signifie exactement ? Est-ce qu'une grève décidée par un syndicat pour protester contre une mesure gouvernementale constitue une sanction juridique ? On est amené alors à préciser qu'une sanction ne mérite ce qualificatif que si elle a été prévue par le droit. En un mot, le type de sanction qui confère à une obligation le caractère juridique est celle qui présente elle-même le caractère juridique : c'est une tautologie, et non un critère (19).

En vérité, cette insistance à porter l'accent sur l'idée de sanction semble ne pas être motivée seulement par la facilité d'un raisonnement qui s'en tient aux apparences et à la pratique la plus courante. Lorsqu'ils considèrent l'obligation juridique, beaucoup de juristes (et même de non-juristes) restent imprégnés de la philosophie politique admirablement décrite par Rousseau : « L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. » Si le fait premier et fondamental est la liberté, l'obligation, qui porte atteinte à cette liberté, représente quelque chose sinon de scandaleux, au moins d'anormal, de malaisé à comprendre et à justifier. A cette représentation s'ajoute, pour la dramatiser, une conception obscurément hegelienne de l'État et du droit. Toute obligation

(19) V. pour une excellente critique des conceptions qui définissent la norme juridique, comme une norme sanctionnée ou une norme assortie d'une contrainte : AMSELEK, *op. cit.*, p. 221-243.

résulterait d'un impératif et représenterait donc un choc de volontés entre celui qui ordonne et celui qui doit obéir. On a reconnu là le cauchemar de Duguit, qui rejetait catégoriquement toute prétention d'une volonté à être supérieure à une autre, et arrachait le déguisement utilisé pour faire triompher une telle prétention : celui d'une pseudo-volonté étatique.

Dans cette circonstance, l'idée de sanction fournit une échappatoire. Avec elle, la liberté n'est pas contredite mais seulement orientée. Le sujet de droit n'obéit pas à un devoir de conscience lorsqu'il exécute une obligation, ce qui porterait directement atteinte à sa liberté intérieure. Encore moins se soumet-il à la volonté de celui qui a formulé l'impératif. Il choisit seulement d'exécuter, en vue d'éviter la sanction qui se serait abattue sur lui dans le cas contraire, ou, plus exactement, de se soustraire au risque d'une telle sanction. Par la menace qui pèse sur lui, il peut être contraint d'agir. Il ne s'agit que d'une contrainte extérieure, qui laisse intacte sa liberté d'opter entre le comportement prescrit (ou interdit) et le comportement contraire. On échappe au scandale. Grâce à ce raisonnement habile toute idée de devoir (au sens subjectif du terme), qui pouvait passer pour le centre même de la notion d'obligation, ou son fondement, se trouve escamotée (20).

L'idée qu'un devoir résulte nécessairement d'un impératif, au sens strict du terme, c'est-à-dire d'un ordre émanant d'une volonté, est des plus contestables. La sociologie et la psychologie sociale sont venues mettre un peu d'ordre et de clarté dans la nébuleuse des normes sociales, dont le juriste se désintéresse parce qu'elles ne sont pas juridiques. Elles ont montré à quel point l'individu est conditionné par le milieu où il vit, tout au long de son histoire et jusque dans les traits les plus intimes de sa personnalité. Ce conditionnement ne s'opère pas, ou pas seulement, à la manière d'une imprégnation, réalisée par un processus quasi-physique, mais par un ensemble de représentations qui sont perçues de façon plus ou moins confuse, mais toujours avec une coloration normative. On peut dire aujourd'hui que l'action normative de

(20) Cela est extrêmement frappant, en particulier, dans toute l'œuvre de Kelsen. La volonté persistante d'opérer une dissociation radicale entre devoir et obligation en constitue le véritable moteur. Elle explique cette étrange construction logique qu'est le principe d'imputation, érigé en égal du principe de causalité, ainsi que la place donnée à la notion de *Sollen*, de devoir-être, qui est tout autre chose que le devoir, au sens subjectif (cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 30 et s.).

la société est incomparablement plus développée, complexe et diversifiée qu'on ne l'avait imaginé : elle est pratiquement omniprésente. Et il est inutile d'ajouter qu'aucune volonté personnelle ne se trouve derrière cette action.

Le concept de modèle, ici encore, rafraîchit les conceptions anciennes. Nous avons avancé, précédemment, une distinction entre deux catégories de modèles, d'après la nature du jugement, de valeur ou de réalité, qu'ils autorisent. Une nouvelle distinction s'impose ici, mettant à part les modèles que nous dirons : « normatifs », et qui se caractérisent par leur caractère obligatoire. La norme juridique est, évidemment, un modèle normatif, mais le précédent rappel des enseignements de la sociologie et de la psychologie sociale nous a montré que l'on se trouve en présence d'une catégorie de modèles extrêmement vaste, diversifiée et nombreuse, qui comprend encore, en dehors des usages sociaux, tous les modèles proprement éthiques, fournis par la morale et la religion. Dès lors, il paraît tout à fait exclu que la science juridique puisse expliquer, par ses seules ressources, une catégorie utilisée en fait par de nombreuses autres disciplines, et qu'elle partage donc avec elles. En un mot, la catégorie du devoir, apparue dans l'expérience juridique, transcende cette expérience et doit être élucidée par une recherche menée à un autre niveau. La science du droit doit se borner à l'accueillir et à analyser les aspects particuliers qu'elle revêt au plan juridique : c'est la contribution qu'elle peut légitimement apporter à la connaissance du normatif. L'accueillir, cela signifie ne pas la considérer comme quelque chose d'anormal, d'étrange, mais, au contraire, comme une partie, d'ailleurs familière, de l'expérience humaine totale. Cela signifie aussi ne pas l'escamoter, ni la déformer systématiquement.

A cet effet, il convient de serrer de plus près l'idée de devoir et d'éviter toute confusion avec des idées voisines, comme celle d'exigence technique. Les habitudes de langage facilitent cette confusion. C'est ainsi, par exemple, qu'on parle couramment de « normes » pour désigner les spécifications que doit présenter un objet pour être admis dans une classe déterminée. D'autre part, un modèle technique (du type *know how*), décrivant les opérations nécessaires pour parvenir à un résultat déterminé, se présente, lui aussi, comme un impératif, comme une série d'injonctions prescrivant un certain nombre d'opérations successives. En ce sens, il est normatif, lui aussi : il se décompose en une série de normes de comportement. Mais il ne comporte aucun devoir : l'application de ces normes est purement facultative. Elle suppose que l'on ait choisi de s'y soumettre, décidant de réaliser le résultat auquel elles conduisent, et on n'y reste soumis qu'autant qu'on s'applique à ce

résultat (21). Or, précisément, l'effort des juristes qui ont subordonné la notion d'obligation juridique à celle de sanction a eu pour but de réduire le droit à une simple technique. L'exécution de l'obligation n'est plus que la technique propre à éviter une sanction.

Certes, les aspects techniques du droit sont importants et manifestes ; nous aurons l'occasion d'y revenir. La prévision d'une sanction par le législateur, représente, sans aucun doute, le recours à une technique destinée à assurer un meilleur respect du droit (elle n'est pas la seule). La situation du sujet de droit ne saurait, pour autant, être assimilée à celle de l'utilisateur d'un modèle technique, sans fausser complètement la réalité, comme le révèle l'expérience que chacun d'entre nous peut en faire.

Ce refus ne conduit pas, pour autant, à assimiler l'obligation, ou devoir juridique, au devoir moral. Nous retrouvons ici une autre motivation profonde de l'attitude d'une grande partie de la doctrine juridique, pour qui devoir est nécessairement synonyme de devoir moral. Or, on sent fortement, bien que confusément, que l'obligation juridique n'est pas assimilable à un devoir moral (22). La première est perçue comme quelque chose d'imposé de l'extérieur, alors que le second se saisit comme une exigence intérieure. Ils sont donc irréductibles l'un à l'autre, alors même qu'ils peuvent avoir le même contenu concret (respecter la vie, ou l'honneur, ou la propriété d'autrui).

Cette intuition fondamentale mériterait d'être examinée de près et soumise à la critique. On sait que les règles morales sont, en réalité, d'origine sociale (même si on leur assigne une origine transcendante, il reste qu'elles sont transmises par le milieu social). Elles sont donc, elles aussi, extérieures et bénéficient, bien souvent, d'une pression sociale. Il n'en demeure pas moins que la norme morale, pour exercer son action, tend à être assumée (ou intériorisée) par l'individu, qui se l'assigne à lui-même comme règle de conduite, quelles que soient les causes de cette attitude, alors que la norme juridique conserve sa coloration sociale et, par conséquent, son extériorité, lorsqu'elle exige d'être observée.

(21) Et encore existe-t-il, très souvent, plusieurs procédés techniques permettant de parvenir au même résultat, entre lesquels le choix n'est commandé que par des raisons d'utilité ou de préférence.

(22) Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. Thévenaz, Neuchâtel, 1953, édit., de la Baconnière, p. 58 et s. Pour Kelsen, la catégorie du devoir doit d'autant plus être écartée par la science du droit qu'il s'agirait d'une idée transcendante, présentant un aspect idéologique marqué et dont l'utilisation compromettrait, par conséquent, le caractère scientifique de la théorie du droit.

Tout ceci revient à dire que norme morale et norme juridique établissent leur validité d'après des modes différents. La validité de la norme morale découle d'une évidence subjective et donc intérieure, ce qui n'est pas le cas de la norme juridique, dont l'autorité est de nature plus immédiatement sociale. Mais cette constatation, encore vague, ne suffit pas, car il faut aussi différencier l'obligation juridique de la multitude des autres obligations sociales. En définitive, c'est là le véritable problème. La science juridique n'a pas à expliquer que l'ordre juridique comporte des obligations ayant le caractère de devoirs, car c'est là une situation très commune, une expérience très générale : dans ses rapports avec la société, l'homme est constamment soumis à des normes qui l'obligent. Ce que la science juridique a à expliquer, en revanche, c'est pourquoi les normes juridiques sont obligatoires, c'est-à-dire pourquoi elles doivent être obéies, alors même que cette obéissance ne procède pas d'une nécessité intérieure, d'une évidence irrécusable. C'est là proprement l'objet de la science juridique (23).

En effet, toutes les normes juridiques sont contingentes. On peut expliquer par l'histoire ou par la sociologie comment elles sont apparues, mais, pour le sujet de droit, il s'agit de savoir pourquoi il doit obéir à telle norme et non pas à telle autre, à laquelle il pourrait se référer pour régler la situation où il se trouve placé, et qui peut lui sembler plus juste ou plus opportune. Il n'est même pas exclu que, dans certains cas, plusieurs normes se présentent concurremment (et contradictoirement) à lui en revendiquant leur appartenance au droit positif. La question à résoudre, dans tous les cas, est de savoir laquelle est valable (24).

(23) C'est en cela qu'elle est une science normative, et se différencie des sciences descriptives, puisqu'elle ne peut pas se contenter de décrire la série des causes ou des facteurs qui font que certaines normes juridiques sont en fait observées par ceux qui leur sont soumis. Elle doit dire *pourquoi* ceux qui les observent se croient, et sont, tenus de le faire.

(24) Si la norme valable contient une obligation, alors il est bien évident que cette obligation devra être respectée, mais il convient de bien maintenir la distance souvent oubliée ou inaperçue qui sépare la validité d'une norme — et de l'obligation qu'elle contient — de ce qu'on pourrait appeler le « caractère obligatoire de l'obligation ». Cette seule formule suffit à montrer que ce dernier problème est un faux problème, ce qui n'est évidemment pas le cas du premier.

Il semble qu'AMSELEK ait été guidé par une juste intuition, lorsque après avoir trouvé « l'essence générique du phénomène juridique » dans la « normativité », il a cherché son « essence spécifique » dans « la juridicité », c'est-à-dire « l'obligatorité », mais il a été trahi par une erreur de vocabulaire. Il est bien clair que les normes morales, pour ne prendre que

Les traits propres à l'obligation juridique paraissent ainsi découler non des caractères particuliers de la sanction qui le plus souvent l'accompagne, mais de la méthode spécifique par laquelle est établie sa validité, c'est-à-dire la validité de la norme juridique qui l'exprime. Toutefois, avant d'aborder l'analyse de cette méthode, il faut se souvenir que l'obligation ne constitue que l'un des éléments constitutifs de la norme juridique. Le droit en représente un autre, qui nous est apparu, jusqu'à présent, comme irréductible au premier. Cette impression est-elle fondée ?

b) LE DROIT, OU POUVOIR JURIDIQUE (25)

Nous avons classé le droit, dans la première expérience qui en a été faite, dans la catégorie du pouvoir. On peut se demander si cette catégorie est homogène. On pourrait presque dire qu'elle dissimule un jeu de mots. Le terme de « pouvoir », dans la langue française au moins, comporte deux sens bien différents. Comme verbe, il se trouve lié à l'idée de possibilité ; comme substantif, à celle de puissance. Et, en effet, on peut, bien qu'ils s'accrochent l'un à l'autre dans la pratique, distinguer deux types de droits, correspondant à ces deux acceptions, en même temps qu'aux deux notions d'autorisation et d'habilitation.

Malgré les apparences, l'idée d'autorisation, considérée en elle-même, est purement négative. Elle n'a de sens que si on la réfère à une interdiction, à l'égard de laquelle elle revêt le caractère d'une exemption. On peut ainsi parler d'un droit de circuler, d'une autorisation de circuler, parce que la circulation est susceptible d'être réglementée. Il serait absurde de parler d'un droit de respirer dans un monde où, grâce au ciel, l'air ne peut pas encore être rationné, ni son usage prohibé.

cet exemple, sont obligatoires par essence, tout comme les normes juridiques. L'« essence obligatoire » ne peut donc pas spécifier le phénomène juridique. On le voit bien par la peine que se donne l'auteur pour distinguer l'obligation morale de l'obligation juridique, sans parvenir à une démonstration convaincante (*op. cit.*, p. 276 et s.). Mais les arguments employés dans tout ce chapitre montrent qu'il avait en réalité, dans l'esprit, l'opposition entre deux systèmes de validité (et non d'« obligatorité »).

(25) Comme cela ressort assez clairement de nos développements, nous employons ici le mot de droit dans son sens dit subjectif, mais en lui donnant son acception la plus large, qui englobe non seulement ce que le langage technique désigne par ce mot, notamment les droits subjectifs *stricto sensu*, mais encore tout ce qui relève de la même catégorie et que la pratique différencie par une multitude d'appellations, parfois assez arbitrairement choisies : pouvoir, puissance, compétence, action, etc...

Les droits de cette catégorie sont donc formés par les interstices de la réglementation. Ils s'étendent sur les espaces non couverts par des interdictions ou des prescriptions. D'où s'est formé l'adage : « Tout ce qui n'est pas interdit est permis. » Dans ce sens, faible, du mot, le droit apparaît dans tous les systèmes normatifs, la morale y comprise. Il est un simple pouvoir sur soi, une faculté. Il ne présente aucun trait spécifiquement juridique, ni même, en définitive, aucun contenu spécifique. L'idée d'obligation suffit : il n'en est que le négatif, ou le reflet. Il n'a donc pas à prendre place dans les concepts utilisés pour rendre compte des traits fondamentaux des systèmes normatifs qui n'en connaissent pas d'autre forme. Pour les raisons qu'on vient d'indiquer, une langue juridique bien faite ne devrait pas employer le terme de « droit » dans cette hypothèse, où il ne s'agit pas d'un concept proprement juridique. Malheureusement, le langage courant n'entre pas dans ces nuances et continue à le faire, ce qui ne contribue pas peu à entretenir la confusion, jusque chez les juristes.

Au contraire, dans l'ordre juridique et par son intermédiaire, l'autorisation peut acquérir une signification positive et le droit correspondant un sens autonome, qui justifie, cette fois, l'usage du mot. Il en est ainsi chaque fois qu'il ne s'agit pas d'une simple permission, mais d'une garantie. C'est, au fond, ce que veut décrire Rousseau, lorsqu'il affirme que le Contrat social fait perdre à l'homme la liberté naturelle, mais lui fait gagner la liberté civile. La « liberté civile » n'est pas seulement un résidu de réglementation, un domaine d'activité dont la loi ne s'est pas encore occupée et qui reste donc abandonné aux initiatives individuelles. Elle est considérée comme un bien et, en tant que telle, protégée par l'ordre juridique.

Comment cette garantie est-elle assurée ? C'est ici que nous rencontrons le deuxième sens, le sens fort, du terme « pouvoir ». Le droit se présente, cette fois, comme une véritable puissance sur autrui. Il implique, à la charge d'autres individus ou d'autorités sociales, des obligations à l'égard de son titulaire : obligations de lui fournir des services, de lui transmettre des biens, de se soumettre à ses volontés et de les exécuter, etc.

Ce type de droit a une portée très large, dépassant de beaucoup l'hypothèse de la simple garantie, que nous venons d'évoquer. Il englobe toutes les situations où un sujet de droit est habilité à obtenir une prestation d'un autre ou d'autres sujets de droit, ou d'une autorité sociale, ce qui va du droit de créance à l'action en justice et à toutes les formes d'autorité sur les personnes, qu'il s'agisse de celle du père, de l'employeur, de l'administrateur ou du gouvernant. Dans beaucoup de cas, la nature

de ce droit est tellement marquée que la langue juridique la souligne en parlant de « puissance » paternelle, de « pouvoir » du représentant, de « pouvoir » législatif, de « pouvoir » de police. Elle comprend, fréquemment, la puissance de créer ou de modifier des normes juridiques, c'est-à-dire des droits ou des obligations pour d'autres : droit de tester, droit de contracter, pouvoir réglementaire. Il ne s'agit plus, dans tous ces cas, d'une simple autorisation, qui affranchit de règles impératives. Un tel pouvoir a besoin d'être conféré : il requiert, comme on l'a déjà dit, une habilitation.

Très clairement, un droit de ce type présente une spécificité qui le rend irréductible à l'idée d'obligation, à l'opposé du précédent. Certes — et on l'a souligné dès le début — au droit de l'un correspond une obligation à la charge d'un autre ou d'autres. Il existe donc une relation étroite et directe entre les deux notions (26). On ne voit pas, cependant, qu'elle soit assez intime pour les réduire à l'unité. Il serait tout à fait vain, pour ne prendre que ces exemples, de prétendre réduire le droit de tester à l'obligation, pour les héritiers, de supporter la volonté du *de cuius*, ou le pouvoir législatif à l'obligation, pour les particuliers, d'obéir aux prescriptions du législateur. Il est rigoureusement impossible de comprendre et de décrire les droits en restant à l'intérieur de la catégorie du devoir.

La norme juridique elle-même ne peut donc être définie dans tous les cas et exclusivement par son caractère obligatoire. Elle présente un autre trait, tout aussi essentiel, que nous nommerons son caractère *constitutif*, en désignant par là sa capacité à conférer des habilitations, à définir des droits (ou pouvoirs) et à les attribuer.

Par cette puissance constitutive, les normes juridiques sont en mesure, non seulement d'établir une hiérarchie sociale, mais de créer des autorités et, d'une façon plus générale, de fonder des institutions. En attribuant le pouvoir de créer de nouvelles normes juridiques, le droit

(26) Nous avons essayé d'en analyser les diverses modalités dans *La Pensée juridique*, p. 39 et s. Ces analyses nous avaient convaincu que le dualisme des éléments normatifs que constituent droit et obligation représentaient le trait spécifique du juridique. Nous le tenons toujours pour vrai. Toutefois, pensant alors, après Kelsen, que le critère du juridique se découvre au niveau des normes, isolément considérées (et non à celui de l'ordre juridique, pris dans sa totalité), nous avons construit de façon trop rigide et absolue la relation qui unit ces deux éléments dans la norme. Il arrive, en fait, que des normes juridiques soient imparfaites et ne contiennent que l'un d'entre eux : le droit (droit simplement « déclaré », mais non encore pourvu de moyens de le mettre en œuvre), ou l'obligation (obligations naturelles, par exemple).

acquiert, finalement, cette capacité remarquable et souvent signalée de réglementer sa propre création et plus encore : de se créer lui-même. Une telle aptitude serait tout à fait inexplicable, si on restait cantonné, pour l'interprétation du phénomène juridique, dans la catégorie du devoir.

Avec le droit ainsi défini, nous sommes en présence d'un élément essentiel et spécifique du juridique. On ne trouve rien de comparable dans d'autres systèmes normatifs.

Il est clair, d'autre part, que cette puissance constitutive du droit a besoin d'être justifiée tout autant que sa force obligatoire. Elle soulève, elle aussi, une question de validité. Que la norme juridique décrive un modèle obligatoire, c'est-à-dire une conduite due, ou un modèle constitutif, c'est-à-dire une conduite liante pour autrui, le même problème se trouve posé : celui de la valeur du modèle, ou, comme nous l'avons dit, de sa validité. Il n'est pas moins sérieux lorsqu'on se voit accorder une habilitation, c'est-à-dire un pouvoir ou une compétence, que lorsqu'on se voit imposer une obligation. Cette habilitation est-elle valable ? Il est légitime et nécessaire de se le demander, aussi bien que de s'interroger sur la validité d'une injonction.

c) L'ARTICULATION DES ÉLÉMENTS NORMATIFS

Cette dualité d'éléments normatifs entraîne une conséquence importante : elle permet une articulation de ces éléments entre eux qui n'a d'équivalent dans aucun autre système normatif. Cela conduit, nous l'avons dit déjà, à la formation d'institutions, qui sont, en quelque sorte, des grappes de normes, comportant droits et obligations, et formant un ensemble constitué en vue d'un but commun : la protection ou la conservation d'une certaine situation sociale, par exemple, comme c'est le cas de l'institution du mariage ou de celle de l'hérédité patrimoniale.

Toutefois, ce qui est plus remarquable encore, est que cette articulation permet l'établissement de rapports dynamiques entre éléments normatifs et le fonctionnement de véritables mécanismes juridiques.

Telle que nous l'avons définie, l'institution présente déjà un caractère dynamique, puisqu'elle est orientée vers un but, même si ce but est de conservation. Mais on peut concevoir une institution juridique, comme le mariage, par exemple, comme une simple juxtaposition de normes, établissant des droits et obligations qui jouent de façon indépendante, dans une large mesure, et dont l'unité se trouve assurée par le seul fait qu'ils concernent tous une certaine situation sociale, celle du couple, dont ils assurent la stabilité. En ce sens, on peut dire que

l'unité de ces normes est beaucoup plus conceptuelle (puisque'il s'agit de défendre une certaine idée du mariage), que normative. Dans d'autres cas, en revanche, c'est le fonctionnement des normes juridiques elles-mêmes qui les articule les unes aux autres. Un exemple remarquable en est fourni par le droit de créer des normes juridiques nouvelles (ou d'en modifier d'anciennes), dont il a déjà été question : droit de tester, droit de contracter, pouvoir réglementaire, pouvoir législatif. D'une façon plus générale, le droit de poser des actes juridiques, dont l'objet est de produire certaines conséquences de droit s'étend au-delà même de la création et de la modification de normes, et comprend aussi l'attribution d'un certain statut juridique (par la nomination d'un fonctionnaire, par exemple, ou l'élection d'un représentant politique) ou encore le déclenchement d'une procédure, mettant en mouvement tout un ensemble de droits et d'obligations, comme l'action en justice. Dans toutes ces hypothèses, c'est l'exercice d'un droit (exercice qui dépend, dans une large mesure, des choix opérés par celui qui en est titulaire), qui provoque l'apparition, la transformation ou l'application d'autres normes et, fréquemment, de tout un ensemble de normes.

L'exécution des obligations fait apparaître une situation analogue, par le mécanisme de la sanction en particulier. Celui-ci est souvent présenté de façon schématique, comme le fait Kelsen à l'aide du principe d'imputation. L'objet de la norme serait d'imputer une sanction à la conduite contraire à celle qu'elle a définie. On se trouverait donc en présence d'une relation simple, établie à partir d'un principe logique également simple, et contenue dans une norme unique. Ce schéma représente une simplification, qui ne rend absolument pas compte de ce qui se passe en réalité, à partir du moment où on admet que la sanction juridique spécifique est une sanction « juridiquement organisée ». La violation d'une obligation, certes, va, dans la plupart des cas, rendre son auteur passible d'une peine ou mettre à sa charge une obligation de réparer. Mais elle a fait naître, en même temps, une série de droits et d'obligations au profit et à la charge de titulaires divers : pouvoir (et, éventuellement, obligation) de se saisir du coupable ou de le poursuivre, de le juger, d'exécuter contre lui la peine à laquelle il a été condamné, si l'acte illicite donne lieu à une répression pénale ; droit à obtenir réparation, à saisir le juge pour obtenir une condamnation, à faire exécuter ce jugement, s'il s'agit d'un délit civil (avec les obligations correspondantes à la charge des autorités judiciaires). Ceci reste vrai, même dans les sociétés les plus primitives, ou les moins organisées : les pouvoirs conférés à des autorités judiciaires dans un État moderne sont alors exercés par la victime de l'acte illicite ou par ses

représentants (membres de sa famille ou alliés), ce qui transforme complètement le style de l'exécution, sans en changer substantiellement la nature.

Dans tous les cas, on se trouve en présence d'un mécanisme complexe, qui ne peut être décrit par une norme unique, mais requiert, au contraire, l'intervention de plusieurs et, souvent, d'un très grand nombre, qui se commandent mutuellement, puisque leur jeu ne dépend pas seulement de la violation de l'obligation initiale, mais de la façon dont seront utilisés les droits et pouvoirs mis en jeu. On voit ainsi se nouer de véritables chaînes de normes : une obligation provoquant l'apparition d'une autre obligation ou d'un ensemble de droits, ou en « actualisant » l'exercice ; l'utilisation de ces droits provoquant, à son tour, des conséquences de même ordre, et ainsi de suite. Ce qui est plus intéressant encore est que ces chaînes de normes ne se cantonnent pas dans un secteur particulier de l'ordre juridique (celui des droits patrimoniaux, par exemple, dans le cas de violation d'une obligation civile). Au moins dans un ordre juridique organisé, elles le traversent de part en part, en quelque sorte, puisqu'elles vont provoquer l'intervention des autorités judiciaires et administratives, c'est-à-dire mettre en mouvement les ensembles de normes extrêmement complexes qui gouvernent l'activité de ces autorités.

Ces ensembles normatifs eux-mêmes appartiennent à un type d'institution assez différent de celui que nous avons envisagé jusqu'à présent, et qu'on pourrait nommer « institution organique », puisqu'elle se caractérise par la présence d'autorités investies de fonctions sociales. C'est évidemment avec l'établissement de telles autorités que le droit manifeste le mieux sa puissance constitutive et son caractère dynamique. Dans les droits les plus développés, la réglementation de l'activité de ces autorités est poussée très loin et les soumet à de nombreuses obligations relevant, comme nous l'avons dit, de l'idée du devoir. Il est clair, cependant, que cette idée est incapable d'expliquer leur formation et leurs compétences. Il faut recourir à celle de pouvoir. Nous retrouvons ici, avec un relief saisissant, la dualité fondamentale des éléments constitutifs des normes juridiques.

Au terme de cette analyse, on peut dire que la constitution de mécanismes juridiques, résultant de l'articulation des normes juridiques entre elles, en conséquence de la dualité des éléments qu'elles définissent, représente un nouveau trait spécifique et essentiel du droit. Le principe qui gouverne l'apparition et le fonctionnement de ces mécanismes est simple. Il vient de ce que la norme juridique ne se borne pas à donner

une signification déterminée à des comportements ou à des situations (c'est-à-dire une valeur ; la langue juridique parle de qualification), comme le font les autres ordres normatifs. Elle tire de cette signification des conséquences, également définies en termes normatifs ; la langue juridique les nomme : effets de droit (27). C'est ainsi qu'elle peut produire ces chaînes de normes dont nous parlions tout à l'heure. Leur apparition dépend, évidemment, de la validité de la norme qui prétend les produire : la question de la validité se retrouve donc ici encore. Il est clair, d'ailleurs, que la portée de ces effets de droit ne peut pas être complètement définie par la norme qui les décrit ; nos observations précédentes montrent qu'elle dépend, dans une très large mesure, de la structure caractéristique de l'ordre juridique dans lequel ils se produisent et, notamment, de son degré d'organisation, ainsi que de la façon dont fonctionnent les mécanismes généraux dont celui-ci dispose pour assurer l'exécution du droit. Finalement, l'appréciation de chaque norme particulière renvoie à l'ensemble de l'ordre juridique.

(27) Un nouveau rapprochement s'opère ici entre la loi juridique et la loi scientifique. La loi scientifique décrit la succession de deux phénomènes, la loi juridique la succession d'un phénomène et d'un effet de droit, mais la cause, ici, n'est pas le phénomène lui-même (un fait de l'homme, par exemple), mais la signification qui lui est attribuée par la norme. L'effet n'est pas davantage un phénomène (l'application effective d'une sanction par exemple) mais un élément normatif : une obligation ou un droit. Il s'agit donc d'une causalité purement idéale ou normative et non d'une causalité réelle (cf. *La Pensée juridique*, p. 13 et s.). Le modèle que constitue la norme juridique n'en est pas moins construit en utilisant le même principe logique que celui mis en œuvre dans le modèle que représente la loi scientifique, contrairement aux affirmations de la théorie pure du droit.

Dans certains cas, le phénomène constituant l'antécédent immédiat d'un effet de droit est analysé comme la « condition » de cet effet, dont la cause est trouvée dans une norme antérieure ou l'acte qui l'a posé, ce qui ne modifie pas substantiellement le raisonnement qu'on vient de faire. D'une façon plus générale, on peut dire que la « cause » retenue par l'analyse juridique est celle qui paraît présenter la plus grande valeur explicative au niveau humain, la « raison déterminante », c'est-à-dire un fait de l'homme : c'est ainsi qu'on dit que la « cause » d'un accident est l'imprudence d'un conducteur. Dans certains cas, la « cause » est entendue dans un sens encore plus étroit et plus technique, comme la « raison déterminante » d'un comportement humain (par exemple à l'égard des contrats synallagmatiques, c'est ce sens étroit qui prévaut dans certaines analyses classiques).

3. — Les normes juridiques s'articulent en ordres.

Il n'existe pas « dans la nature » c'est-à-dire en droit positif, de norme juridique isolée. Toutes les normes juridiques qui se présentent comme valables, appartiennent à un corps de normes, à un ordre juridique. Bien entendu, il est possible, pour les besoins de l'analyse, d'isoler une norme particulière de l'ensemble auquel elle se rattache. C'est ce que font quotidiennement les juristes, lorsqu'ils ont à étudier une question de droit déterminée, mais cet isolement ne peut être que provisoire et partiel. Le juriste ne procède, en réalité, qu'à une « mise entre parenthèses » de l'ordre juridique et ne cesse pas de tenir pour acquis et utilisables les mécanismes, notamment de contrôle et d'application du droit (comme les mécanismes judiciaires), que cet ordre comporte.

La même constatation peut-elle être faite pour d'autres systèmes normatifs ? A première vue, on serait tenté de répondre par l'affirmative. Un examen plus attentif fait apparaître une différence essentielle. Puisqu'on parle d'un « système normatif », il s'agit, certes, d'un ensemble de normes. C'est le cas de la morale, par exemple. Très clairement, les normes constitutives d'une « morale » donnée entretiennent entre elles des rapports très étroits. Elles procèdent toutes d'une même conception fondamentale de l'homme et de son destin, de la société et de l'histoire. Elles sont liées, dans une très large mesure, par implication logique et sortent les unes des autres, comme on va du général au particulier ou par induction, en allant du particulier au général. Une même règle présente des colorations et, finalement, des contenus fort différents, suivant qu'elle est considérée dans une perspective religieuse, ou au contraire, matérialiste. Tout ceci est évident. Toute règle s'insère dans un ensemble, qui explique sa genèse et son contenu. Cette insertion est un fait social, historiquement constatable. On peut dire qu'à telle époque, dans tel milieu social, un précepte moral donné a fait son apparition et s'est progressivement imposé, sous l'influence d'une religion ou d'une conception philosophique déterminée. Mais on n'ira pas plus loin. La mise en œuvre de ce précepte, son application ne requiert pas de référence à d'autres normes du même système. Le précepte moral, pour la conscience individuelle, se suffit à lui-même ; il est parfait et complet, la seule question étant de déterminer, dans chaque cas d'espèce, quel comportement spécifique il impose. Rien de comparable, par conséquent, à l'application de la norme juridique, qui provoquera, à la moindre difficulté, ou même simplement par le mécanisme des effets de droit, l'intervention de tout un jeu d'autres normes. En d'autres termes,

l'appartenance de la norme morale à un système moral n'a ni la même signification ni la même portée que l'appartenance de la norme juridique à un ordre juridique. La première est seulement conceptuelle ou historique. La seconde détermine le mode d'application de la norme, sa valeur opératoire (ou instrumentale) et, finalement, son essence.

Pour la même raison, l'ordre juridique se distingue de façon essentielle d'un système moral. Il est tout autre chose qu'une collection de normes présentant entre elles une parenté logique. Il représente une totalité irréductible à la somme de ses composantes, car il inscrit celles-ci dans des structures, dont la signification et même la réalité ne se perçoivent qu'à son niveau. En définitive, il est le seul à réunir l'ensemble des caractères spécifiques du juridique, que nous avons précédemment reconnus. Il est, à la fois, un ordre obligatoire, un ordre constitutif et un ordre structuré de façon dynamique, c'est-à-dire comportant des mécanismes offerts à l'action. On chercherait en vain un autre ordre normatif réunissant l'ensemble de ces caractères (28). On ne peut pas affirmer, non plus, que les normes juridiques, considérées isolément, présentent elles-mêmes la totalité de ces traits spécifiques. Comme on l'a vu, même si la pièce essentielle servant à la construction des mécanismes juridiques, l'effet de droit, peut être déterminé par une norme unique, il provoque aussi, immédiatement, la formation de chaînes de normes, souvent complexes. D'autre part, même si une norme juridique particulière oppose, le plus souvent, une obligation à un droit, il n'en est pas toujours et nécessairement ainsi (29). Le développement du droit s'opère parfois de façon très progressive, commençant par la proclamation de droits individuels ou de libertés, par exemple, longtemps avant de donner un contenu concret aux obligations correspondantes, qui leur permettront d'être exercés de façon positive (c'est le cas, en particulier, d'une grande partie des droits dits sociaux : droit au travail, droit à l'instruction, etc.). Dans d'autres cas, c'est la définition de l'obligation qui précède celle du droit. La réglementation juridique est alors incomplète. Rien ne permet, cependant, d'affirmer qu'il ne s'agit pas de réglementation juri-

(28) Nous avons raisonné par comparaison avec la morale. On parviendrait à des conclusions identiques, en considérant des ordres normatifs, comme l'ensemble de ceux que l'on confond sous les termes d'« usages », d'« habitudes sociales » ou de « mœurs », bien que, dans ce cas, les conceptions philosophiques dont ils procèdent soient beaucoup plus confuses et incohérentes et soient même souvent remplacées par une simple accumulation de préjugés ou de schémas intellectuels inconscients et hétérogènes, voire même contradictoires.

(29) Cf. *supra*, note (26).

dique, comme on l'a soutenu quelquefois, de façon très arbitraire (30). Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer les lois ou traités qui ont déjà défini droits et obligations dans tous leurs éléments, mais sans établir les mécanismes d'exécution sans lesquels ils ne peuvent pas être mis en œuvre. Personne, pourtant, n'ose prétendre que ces lois et ces traités, *non self executing*, ne sont pas juridiques. Ils illustrent, au contraire, ce qui a été dit précédemment sur l'interdépendance fonctionnelle des normes à l'intérieur de l'ordre qu'elles composent.

Si l'ordre juridique constitue, comme il vient d'être dit, une totalité irréductible à la somme de ses composantes et s'il est seul à présenter tous les traits spécifiques du juridique, c'est à son niveau seulement que peut être trouvée l'essence du juridique, en même temps que son critère. Les déconvenues rencontrées par la théorie du droit s'expliquent, dans une très large mesure, par le fait qu'elle s'est efforcée de découvrir un critère dans des éléments isolés de l'ordre juridique : obligation, droit subjectif, norme (et de réduire le juridique à ce ou ces seuls éléments). Quelle que soit l'exactitude de ses conclusions, celles-ci restaient partielles et se heurtaient toujours au même obstacle : que les normes juridiques positives ne présentent pas toutes l'ensemble des traits spécifiques du juridique (31).

(30) Ainsi Kelsen, affirmant que certains éléments de la réglementation juridique ont un « contenu juridiquement irrelevant » et qu'il s'agit même là d'une notion dont la « science juridique ne peut se passer » (*op. cit.*, 2^e éd., p. 71).

(31) L'usage, très courant, de parler d'un « droit purement moral » (ou d'une obligation « morale ») à propos de droits et d'obligations consacrés par le droit, mais non encore « organisés » par lui, par la prévision de recours et de sanctions, se trouve donc, dans une certaine mesure, justifié. Ces droits et ces obligations ne présentent pas toutes les caractéristiques du juridique. Ils sont incomplets et, par là, se rapprochent de droits et de devoirs moraux. Leur force tient surtout à la reconnaissance de leur valeur morale. Ils font pourtant partie de l'ordre juridique et sont susceptibles de développer certains effets de droit. S'il est partiellement justifiable, le qualificatif « moral » n'en reste pas moins inexact et donc trompeur. Il vaudrait mieux parler de droits et d'obligations « nus » ou « imparfaits ».

En revanche, il est bien évident qu'une norme juridique et une norme morale peuvent avoir le même contenu, sans pourtant se confondre. Il est extrêmement fréquent que des devoirs moraux soient « juridicisés », c'est-à-dire transformés en obligations juridiques, notamment dans le but d'assortir leur violation de sanctions juridiques. L'inspiration morale d'une grande partie de l'ordre juridique vient de ce que morale et droit procèdent normalement des mêmes conceptions dominantes à une époque donnée dans la même société. Le droit bénéficie, lui aussi, de cette coïncidence

Au niveau des normes, leur juridicité se trouve établie, très simplement, par leur appartenance à un ordre juridique. Très simplement, mais aussi très clairement, puisque, comme nous l'avons vu, grâce à ses aptitudes caractéristiques, l'ordre juridique est capable de régler sa propre création (32). Il est donc toujours possible de déterminer si une norme donnée appartient ou non à l'ordre juridique auquel elle prétend se rattacher. Si sa prétention est confirmée, sa juridicité se trouvera établie du même coup.

En d'autres termes, si un ordre juridique se spécifie par certains caractères intrinsèques, qui livrent son essence, il n'en va pas de même de la norme juridique. Considérée en elle-même, elle ne réunit pas nécessairement l'ensemble de ces caractères. Ceux qu'elle présente peuvent même ne pas la différencier substantiellement d'une norme non juridique, par exemple d'une norme morale. Sa « juridicité » lui est conférée uniquement par un élément formel : son rattachement à un ordre juridique. Dans ces conditions, chercher à son niveau ce qui définit « l'essence » du juridique conduit, inévitablement, à des simplifications et à des déformations graves. Le phénomène juridique ne peut être saisi, dans sa réalité, qu'au niveau de l'ordre juridique et ce dernier, à son tour, est irréductible à la seule notion de norme juridique, bien qu'il soit entièrement composé de telles normes, de même qu'un groupe social est tout autre chose que la somme des individus qu'il réunit. Il est donc nécessaire de réaliser une véritable révolution copernicienne des perspectives, par rapport aux positions traditionnelles de la théorie du droit et, en particulier, de la « théorie pure ».

III. — L'ordre juridique comme ordre social.

L'ordre juridique, après tout, n'est pas autre chose que ce qu'on désigne, traditionnellement, par le mot de « droit », lorsqu'on parle du « droit français », du « droit anglais », du « droit international public ».

et se heurte, au contraire, à de grandes difficultés pour se faire obéir par ceux dont il contredit les préoccupations morales (ou religieuses). Mais il arrive aussi fréquemment qu'il soit mis au service d'une morale militante et soit utilisé pour faire régner ce qu'on a nommé justement un « ordre moral », faisant violence à la conscience des sujets de droit.

(32) Cette aptitude n'est, d'ailleurs, intelligible que si on se place dans la perspective de l'ordre juridique considéré globalement. C'est alors un simple exemple de croissance organique : tout organisme, par ses mécanismes internes, détermine la naissance et règle la croissance de ses propres cellules

L'expression évite, toutefois, l'ambiguïté inhérente à l'usage d'un terme pris en trop d'acceptions diverses, même en s'en tenant aux seules qui se rattachent au sens dit « objectif ». Elle a, en outre, l'avantage de mettre en lumière les constatations auxquelles nous sommes parvenus, c'est-à-dire que les normes juridiques ne s'amassent pas en un ensemble quelconque, mais s'articulent en un ordre structuré. Comme nous allons le voir, elle facilite aussi l'accès à certaines observations importantes pour mieux saisir l'essence du phénomène juridique.

I. — Droit et société.

L'idée d'ordre conduit, tout naturellement, à se demander ce qui est ordonné, soumis à l'ordre. Il apparaît tout de suite que ce ne sont pas seulement des individus, mais une société ou, plus précisément encore, que l'ordre imposé par le droit aux relations entre des individus les constitue en société. D'où on est conduit à la conclusion d'une coïncidence nécessaire entre un phénomène juridique — l'existence d'un ordre juridique — et un phénomène sociologique — l'existence d'un groupe social défini.

Rien de nouveau dans cette conclusion. Voilà beau temps qu'elle a été exprimée dans l'antique adage : *ubi societas, ibi jus*. Admise presque partout comme vérité d'évidence, la formule n'est acceptable cependant — la réserve est d'importance — que si on s'entend sur le sens à donner au mot de « société » (33). Il est clair, en effet, que tout rassemblement d'hommes, même durable, que tout milieu social, même hiérarchisé, n'est pas doté de son droit propre, mais aussi ne mérite-t-il pas le nom de société. Ce qui suggère un renversement de la formule traditionnelle, qui lui conserverait sa vérité : *ubi jus, ibi societas*. Il n'y a pas, en réalité, d'antériorité d'un terme sur l'autre. C'est en se soumettant à un ordre juridique, même embryonnaire et primitif, qu'un groupe social se stabilise et s'individualise assez pour former une « société ». Inversement, un ordre juridique ne peut se constituer, historiquement, que par rapport à un groupe social en cours d'individualisation.

Suivant les temps et les lieux, les sociétés régies par le droit sont plus ou moins simples ou complexes, larges ou étroites, homogènes ou mêlées, cohérentes ou relâchées, ouvertes ou closes sur elles-mêmes. La plupart d'entre elles sont composées d'hommes, qui s'en considèrent

(33) C'est faute d'avoir fait cette réserve qu'AMSELEK a été conduit à traiter l'adage cicéronien avec une ironie qui reste un peu à la surface des choses (*op. cit.*, p. 172 et s.).

comme les membres, à titre individuel. Mais le droit ordonne aussi des sociétés au second degré, formées par des groupes sociaux déjà organisés de façon autonome, comme c'est le cas de la société internationale.

En dehors de ce trait qui leur est commun : être soumises à un ordre juridique individualisé, ces sociétés, si diverses, présentent-elles toutes quelques autres particularités sociologiques propres, qui permettraient de les ranger dans une classe unique ? La réponse à cette question serait fort intéressante et il faut espérer que la sociologie juridique s'attaquera un jour à sa recherche. On pourrait penser, en première approximation, qu'elles constituent toutes des sociétés politiques, au sens le plus large, englobant non seulement l'État et la société internationale contemporaine, mais aussi les sociétés anciennes, dont les fonctions politiques telles que nous les concevons aujourd'hui, n'étaient pas toujours clairement différenciées : clans, villages et cités, tribus, sociétés féodales, etc.

Toutefois, bien des groupes secondaires, immergés dans la société politique, sont assez individualisés et structurés pour se doter de leur propre ordre juridique. Il en est ainsi, par exemple, de certaines communautés territoriales ou religieuses, de groupements professionnels, d'entreprises économiques, d'associations de toutes sortes. Dans la mesure où ils présentent les traits spécifiques du juridique que nous avons précédemment analysés, les ordres correspondants méritent pleinement le qualificatif de juridique : ils nous mettent bien en présence d'un droit, même si ce droit ne dérive pas du droit étatique (ou, plus largement, politique), ne s'y rattache pas ou même n'est pas reconnu comme valable par ce dernier (34).

Les sociétés politiques et les ordres juridiques correspondants constituent, sans aucun doute, une classe à part, mais il n'est pas tout à fait clair si c'est en raison de leurs caractères sociologiques propres, ou de leurs particularités juridiques, ou des deux à la fois. Nul ne saurait contester, en effet, que le contenu du droit, son niveau de développement technique, la façon dont il s'applique, dépendent directement

(34) Il est bien clair que les qualifications opérées par le droit étatique ne s'imposent pas à la science du droit. Elles sont motivées par des raisons politiques et non par des considérations scientifiques. D'où leurs contradictions : le même ensemble normatif, le droit interne d'une église par exemple (comme le droit canon pour l'église catholique) sera reconnu comme un droit valable par certains États, qui pourront même aller jusqu'à le charger de régler certains rapports familiaux, relevant d'ailleurs du droit civil, alors que d'autres se refuseront à le considérer comme ayant un caractère juridique quelconque et l'ignoreront ou le tiendront pour une situation de pur fait.

de celui auquel est parvenue la société qu'il ordonne au point de vue économique, culturel, ethnique, religieux, etc. : de tout ce qui la définit sociologiquement et historiquement, en un mot. Inversement, cette société n'a pu acquérir son identité, au cours de l'histoire, que par les institutions qu'elle s'est données, par les rapports structurels qui se sont formés entre les diverses parties de sa population, par le régime de production dont elle s'est dotée, les unes et les autres reposant, en dernière analyse, sur des règles de droit. Et on peut faire ces réflexions aussi bien pour une société commerciale ou une fédération de syndicats que pour une communauté érigée en État.

En d'autres termes, ce que nous nommons le phénomène juridique n'est qu'une face — ou une facette, comme on voudra — d'un phénomène global infiniment plus complexe : le phénomène social, dont la connaissance relève de toute une série de disciplines très diverses. Il est, bien entendu, tout à fait légitime d'en isoler les aspects juridiques, pour les soumettre à une étude particulière, puisqu'ils présentent des traits originaux. Il est même très important de ne pas les confondre avec d'autres manifestations du phénomène social. Mais cette mise entre parenthèses du sociologique, de l'historique, du psychologique, etc., ne se justifie que par des raisons méthodologiques. Elle ne peut aller jusqu'à une dénaturation de l'objet qu'on se propose d'étudier. Un ordre juridique positif n'est pas seulement une collection de règles abstraites, intellectuellement conçues et ordonnées entre elles par des rapports logiques. Il est en même temps un ensemble de normes gouvernant une société et lui conférant une structure : un ordre social, une réalité socio-historique. En un mot, l'ordre juridique est un fait social. Comme tous les faits sociaux, il se constate. Autrement dit, il relève d'un jugement de réalité avant toute autre chose, notamment avant de faire l'objet d'un jugement de valeur.

On a dit de la validité qu'elle était le mode d'existence spécifique des normes juridiques (35). La formule est frappante, mais que signifie-t-elle exactement ? L'examen de la validité ne peut être entrepris qu'à propos d'une norme qui s'est déjà offerte à la conscience sous un autre mode d'existence. Il n'est pas évident que les caractères propres qu'elle en tire inévitablement soient sans conséquence sur la réponse à donner à la question de validité. Le contraire est plus probable.

(35) HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, cité par POULANTZAS, *op. cit.*, p. 217. Add. KELSEN, *op. cit.*, p. 13 : « Par le mot « validité » (*geltung*), nous désignons le mode d'existence spécifique des normes ». Rencontre remarquable de la phénoménologie et du normativisme !

Une norme découverte par déduction à partir d'un principe éthique supérieur n'aura pas, sans doute, la même validité que celle — même de contenu identique — dont on constate qu'elle a été formulée par une autorité législative ou qu'elle est appliquée en fait dans une société déterminée.

En définitive, il n'y a pas d'autre différence entre un ordre juridique dit « positif » et un ordre qui ne l'est pas : le premier est un ordre social, un phénomène socio-historique, le second une simple construction de l'esprit. Le premier se constate, le second s'expose comme une opinion. Cette opposition est assez nette et claire pour qu'il ne soit pas nécessaire de faire appel à un autre principe de distinction, fût-ce l'idée, d'ailleurs vague et difficile à utiliser, d'effectivité (36), (37). Elle suffit à expliquer que la science du droit traite différemment les normes dites positives et celles qui ne le sont pas, ou même ne veuille considérer que les premières. On dira que cette attitude est commandée par une raison beaucoup plus impérieuse et, celle-ci, de nature juridique : les normes positives sont objectivement valables, les autres (les normes de droit naturel, par exemple) ne le sont pas. Mais c'est là une pétition de principe. Une telle affirmation ne constitue qu'une opinion, peut-être vraie, mais dépourvue de valeur axiomatique : elle doit être prouvée.

La mise à l'écart de l'idée d'effectivité (ou d'efficacité, on ne distingue pas toujours clairement les deux termes) risque cependant de provoquer certaines objections. L'ordre juridique étant un ordre social « en action », en quelque sorte, il s'applique à une société déterminée, et il ne peut y avoir qu'un ordre par groupe social ; religieusement respecté ou fréquemment violé, peu importe en définitive : il est ou n'est pas. Pourtant, des périodes de troubles peuvent faire surgir, à la suite d'une révolution ou d'une insurrection, deux ordres juridiques qui se disputent le même groupe social et s'affirment chacun le seul valable. N'est-il pas nécessaire, dans ce cas, de procéder à une mesure de leur effectivité pour les départager ?

Il faut s'entendre. Dans ce cas encore, la question d'existence précède la question de validité. Quand on se demande si un ordre révolutionnaire est effectif, on cherche précisément à savoir s'il constitue déjà

(36) V. les critiques que lui adresse AMSELEK, *op. cit.*, p. 332 et s.

(37) Il n'y a pas lieu d'être autrement surpris que toutes les tentatives de définir le droit positif par un caractère interne des normes qui le composent aient été vouées à l'échec. Le même contenu peut, évidemment, être donné à une norme positive ou à une norme projetée ou simplement imaginée.

une réalité sociale, indépendamment des proclamations dont il fait l'objet. Autrement dit : une fraction appréciable de la population considérée lui obéit-elle en fait, que ce soit par une décision libre ou par peur ? Tant que ce fait n'est pas établi — et, comme beaucoup de faits sociaux, il peut être difficile à établir — il n'y a pas lieu d'aborder le problème de la validité, car on ne s'interroge pas sur la valeur et le sens de ce qui n'existe pas (38). Une fois ce fait reconnu, au contraire, il faut déterminer les conséquences juridiques à en tirer. Elles dépendent du contenu des règles auxquelles on se réfère. C'est à ce niveau que le degré d'obéissance au droit et sa généralité (donc le degré d'efficacité) peut être pris en considération, si ces règles le commandent, en même temps que, éventuellement, d'autres éléments, comme la violence utilisée pour obtenir cette obéissance, le consentement des populations, les caractères propres de l'ordre légal contre lequel la révolution s'est faite, les principes dont se réclame cette dernière, etc.

A la fin, lorsque l'un des partis en conflit aura réussi à éliminer complètement son adversaire, la validité de l'ordre juridique qu'il aura établi pourra encore être contestée, au moins pour un temps. La question ne se posera plus pour l'ordre juridique renversé (39). Si le parti triomphant poursuivait un objectif sécessionniste, on se trouvera en présence de deux ordres juridiques s'appliquant sur deux groupes sociaux désormais séparés : la mutation se sera opérée aussi bien au niveau des réalités socio-historiques qu'à celui du droit.

(38) Sauf bien entendu, si on met la réalité entre parenthèses, si on en tient fictivement l'existence pour acquise. On remarquera, à ce propos, que, dans la fiction juridique c'est l'élément factuel (et non l'élément juridique), qui est fictif. Un gouvernement fantoche est un gouvernement qui ne dispose d'aucune autorité *de fait* et dont la prétendue autorité juridique ne repose donc sur aucune réalité. La plus grande difficulté, comme le savent bien les juges, n'est pas de dire le droit : c'est d'établir les faits. La très grande importance sociale de la fonction juridictionnelle tient à ce qu'elle met un terme définitif aux contestations relatives à la réalité (et à la qualification) des faits bien plus qu'aux décisions qu'elle prend quant aux conséquences juridiques qui en résultent.

(39) A moins d'un recours à une fiction juridique, encore une fois, comme ce fut le cas pour certains gouvernements en exil. Mais cette fiction n'est-elle tenable que si l'exil est susceptible de prendre fin dans un avenir pas trop éloigné, c'est-à-dire si un renversement de la situation de fait reste possible, comme ce fut le cas pour les gouvernements européens en exil, pendant la dernière guerre, du fait de la poursuite de la guerre contre l'Allemagne, qui occupait leurs territoires.

2. — Droit et nécessité.

Un des lieux communs de la pensée juridique oppose la loi scientifique, qui exprime un rapport nécessaire, à la loi juridique, qui décrit un rapport devant se produire, mais qui ne se produira peut-être pas. Le propre de l'obligation juridique, ajoute-t-on, est d'être susceptible de violations. Où il y a nécessité, il n'y a pas de place pour le droit.

Ces formules expriment une banalité et dissimulent une vérité. Ce qu'elles disent est exact, si on considère chaque obligation juridique isolément, faux si on regarde l'ordre juridique dans son ensemble, qui constitue un ordre nécessaire.

Cette conclusion s'impose à la suite de nos remarques précédentes sur la réversibilité de l'adage *ubi societas, ibi jus*. Si cet adage se vérifie aussi sous la forme *ubi jus, ibi societas*, c'est qu'il existe un rapport nécessaire entre société et ordre juridique. Les sociétés ne subsistent que par le droit, sans lequel elles se déferaient immédiatement et tomberaient dans le chaos. Toute révolution, nous l'avons noté déjà, ne vise qu'à changer le contenu de l'ordre juridique, à remplacer par d'autres certaines règles qui le composent (40). Si un mouvement sécessionniste s'attaque à l'ordre juridique lui-même, c'est qu'il veut briser l'unité du groupe social correspondant. Son objectif est l'indépendance d'une fraction de la population intégrée dans ce groupe et, par conséquent, la construction d'un ordre juridique autonome, détaché du précédent.

Nous sommes hors d'état de concevoir de façon réaliste une société où nous pourrions vivre et qui serait dépourvue de cette armature que constitue l'ordre juridique, car l'histoire ne nous en fournit aucun exemple. Lorsque les structures de l'État se désagrègent, comme ce fut le cas de l'Allemagne hitlérienne au moment de la défaite de 1945, les couches du droit privé subsistent encore : l'ordre juridique est décapité, mais continue à ordonner la société partout où le chaos ne prévaut pas, ce qui ne peut être que limité dans le temps et dans l'espace. Et ses couches supérieures sont rapidement reconstituées, fût-ce pour une longue période d'instabilité et de provisoire.

L'anarchisme lui-même, qui veut détruire définitivement l'État, conserve, pour autant qu'il ne tombe pas dans le nihilisme, la vision

(40) Comme l'a bien montré Bertrand de JOUVENEL, la révolution ne se borne pas, dans la plupart des cas, à remplacer un pouvoir politique par un autre ; elle fait surgir un pouvoir plus puissant, un ordre juridique plus dominateur (cf. *Du pouvoir*, Genève, 1947, p. 263 et s.).

d'une organisation communautaire, où le droit serait transformé, « désétatisé », mais préservé, plus proche de l'individu, mais encore agissant, dépourvu de sanction, mais non de force obligatoire (41). Jusqu'à présent, cette vision n'a trouvé aucune occasion de s'incarner dans la réalité. Elle appartient donc encore au domaine de l'imaginaire et n'a donc pas place dans le phénomène juridique tel qu'il se livre à l'observation.

De son côté, le marxisme-léninisme espère en un dépérissement de l'État, entraînant un dépérissement corrélatif du droit, qui n'est lui-même qu'un instrument de domination au service de l'État. Au terme de ce processus surgira la société communiste, où l'homme, libéré de toutes ses aliénations, n'aura plus besoin du droit et vivra sans contrainte dans la paix et l'harmonie (42). On peut faire, à l'encontre de ce schéma d'évolution, la même remarque que pour l'anarchisme : son point d'aboutissement relève encore de l'utopie. Il ne pourra être atteint que lorsque la société restée jusqu'alors soumise à l'État et au droit, sera parvenue à un niveau de développement assurant l'abondance économique et permettant l'apparition d'un type d'homme nouveau, encore à attendre. Même dans les États socialistes où l'idée de dépérissement a fait l'objet d'une attention systématique et a entraîné l'apparition d'institutions nouvelles et originales, elle n'a provoqué aucun recul significatif du droit, tel que nous l'avons caractérisé (43) (44).

(41) Cf. H. ARVON, *L'anarchisme*, Paris, P. U. F., 1951, p. 67 et s.

(42) Cf. V. I. LÉNINE, *L'État et la Révolution*, trad. française, Paris, Éditions sociales, p. 86 et s.

(43) C'est le cas, par exemple, en Yougoslavie. La théorie du dépérissement de l'État et du droit a provoqué la multiplication des institutions dites sociales, c'est-à-dire gérées par des « collectifs » (par l'ensemble des individus intéressés à leur fonctionnement) disposant d'une marge appréciable d'autonomie. C'est un recul de l'étatisme, beaucoup plus que du droit (v. note suivante).

(44) La doctrine marxiste-léniniste insiste sur le fait que la société communiste elle-même sera soumise à des normes sociales. Mais ces normes se seront pas juridiques (cf. *Programme du P. C. U. S.*, 2^e partie, III, 2, L'élévation continue du rôle des organisations sociales ; L'État et le communisme). Cette affirmation n'est compréhensible que parce que le marxisme-léninisme ne reconnaît comme droit que le droit étatique et le définit par l'exercice de la contrainte (l'État n'étant lui-même qu'une entreprise de domination). Une telle conception reflète, dans une large mesure, les réalités contemporaines, où le droit tend, de plus en plus, à devenir un monopole de l'État du fait de la suprématie acquise par la collectivité étatique sur tous les autres groupes sociaux. Nous avons montré pourquoi elle nous paraît ne pas rendre compte, cependant, de toutes les manifestations

Au niveau des phénomènes historiques, le droit continue à constituer une condition nécessaire à la formation et à l'épanouissement aussi bien qu'à la survie des sociétés. Cette nécessité, partant, s'impose de la même façon au sujet de droit individuel. Il n'est pas douteux que celui-ci puisse, toujours, tenter de se soustraire à l'application d'une règle déterminée, qui lui impose une obligation, à la condition, habituellement, d'accepter un risque : celui de la sanction prévue par un tel manquement. Il peut tout autant, négliger d'utiliser un droit. Mais si on considère l'ordre juridique tout entier, les choses changent. Se refuser à l'application du droit, c'est se placer hors la loi, détermination héroïque à laquelle peut se résigner une faible minorité seulement, et pour des raisons bien impérieuses. Ce n'est pas seulement se dérober à toute obligation, c'est aussi se dépouiller de tous ses droits et le criminel le plus endurci, s'il est pris, sera le premier à réclamer le bénéfice et la protection des garanties légales. On peut désobéir au droit en détail ; on est soumis à la masse de ses dispositions autant qu'on l'est aux lois naturelles. Pour le sujet de droit ordinaire, le droit aussi prend le visage d'une nécessité, parfois écrasante.

Bien entendu, la force de cette pression sociale qu'exprime le droit varie suivant les sociétés, leur degré de développement institutionnel et leur nature sociologique. Elle atteint son degré le plus élevé dans les sociétés politiques, où l'homme est immergé, et dont il lui est pratiquement impossible de s'évader, sinon par l'émigration, là où elle est permise (dont le seul effet, d'ailleurs, est de le placer sous la puissance d'une autre société politique, au moins dans notre siècle, où il n'existe pas d'espaces libres). Elle est à son degré le plus bas dans les associations volontaires, dont il est toujours possible de se retirer, le droit étatique veillant, bien souvent, à la conservation de ce droit de retrait. Entre ces deux extrêmes figurent les sociétés où on se trouve placé par suite d'une situation historique contre laquelle on ne peut rien, mais en

du phénomène juridique, et aboutir à une définition scientifiquement inacceptable. Elle dissimule un phénomène fort important dans les pays socialistes, à savoir l'existence d'un ordre juridique, comportant un appareil gouvernemental et administratif parallèle à celui de l'État et le contrôlant : le parti communiste, dont les statuts sont la constitution, créant un certain nombre d'autorités, dotées de pouvoirs bien définis, et qui comporte des obligations, également bien définies, à la charge de ses membres.

Même si on admet l'éventualité d'une société communiste telle que la voit la doctrine marxiste-léniniste, elle paraît confirmer plus qu'infirmier l'idée d'une nécessité du droit : les « normes sociales » qui la gouverneront ne seront plus du droit étatique. Elles seront encore du droit, au sens où nous l'avons caractérisé.

marge desquelles il est possible de vivre, au moins provisoirement, sans de trop graves dommages : le type en est fourni par la société internationale, ou, dans le cadre des rapports privés, par la famille, dont le caractère nécessaire s'affaiblit au fur et à mesure que l'enfant grandit.

La constatation de cette pression sociale, une attention trop exclusivement portée sur les formes qu'elle revêt dans l'ordre étatique, ont conduit à définir l'ordre juridique comme un ordre de contrainte et à comprendre cette contrainte comme une force matérielle et même, plus précisément, physique. Cette conception, commune au normativisme kelsenien et au marxisme-léninisme, ne peut être retenue. Il est bien vrai que dans une société où joue la force, le droit a à se préoccuper de ce problème. C'est le cas, avant tout, dans la société politique, où la centralisation du pouvoir, fruit d'une longue évolution historique, parvenue à son terme dans l'État moderne, a permis la constitution d'un appareil de contrainte policier et militaire surclassant les moyens de résistance, d'ailleurs rigoureusement limités par le droit, dont peuvent disposer les particuliers et les groupements privés. Encore une fois, il s'agit là d'une étape historique relativement récente, non encore universellement atteinte, qui peut, en raison du progrès qu'elle réalise, être prise comme modèle, mais non comme critère de l'ordre juridique.

Dans des sociétés politiques moins centralisées, les individus ou les groupements secondaires ont pu conserver des moyens militaires et, avec eux, la tentation de s'en servir dans leur intérêt propre : l'ordre juridique doit se contenter d'en réglementer l'usage, en soumettant le recours à la force à des règles qui empêchent le brigandage pur et simple, ou, tout au moins, le réduisent, et en fournissant un certain nombre de moyens de résoudre de façon pacifique les différends qui peuvent surgir. Ici encore, la société internationale constitue, aujourd'hui, le type d'une telle société, mais l'histoire en fournit bien d'autres exemples.

Il serait ridicule de définir l'ordre juridique international comme un ordre de contrainte, alors qu'il ne dispose pas de force qui lui soit propre, indépendamment de celle que ses membres veulent bien lui prêter, sans jamais perdre de vue leurs intérêts nationaux, et que son premier objectif est de limiter l'usage que ces derniers font de leur puissance militaire. Dans d'autres sociétés, le problème de la force ne se pose même pas, soit en raison de la nature de ces sociétés, soit, plus souvent, parce que l'État s'en est réservé l'usage. C'est le cas, aujourd'hui, de tous les groupements secondaires, qui se sont dotés d'un ordre juridique en vertu des lois étatiques ou en marge de celles-ci : sociétés commerciales, associations, syndicats, églises, etc., établis au plan national ou au plan international. Le droit canon de l'Église catholique, pour prendre cet

exemple, ne constitue certainement plus aujourd'hui, où il ne dispose plus de « bras séculier », un ordre de contrainte, pas plus que le droit d'une confédération internationale syndicale ou celui d'une organisation intergouvernementale. Il est difficile, cependant, de les considérer tous, *a priori*, comme une création du droit étatique, bien que ce puisse être le cas pour certains d'entre eux.

Pour tous, au contraire, on retrouve le même aspect de nécessité, même si c'est avec des accentuations diverses. Le langage juridique, dans certains cas, le met bien en lumière, qui parle de dissolution d'une société ou d'une association, lorsqu'il s'agit d'annuler globalement l'ordre juridique qui la constitue. Comme on sait, une telle décision d'autorité ne met pas toujours fin à l'existence du groupement considéré, qui peut continuer une vie clandestine. C'est qu'il reste doté d'un ordre juridique déterminant les droits et obligations de ses membres, ainsi que la désignation et les pouvoirs de ses dirigeants : ordre juridique dépourvu de toute validité au regard du droit étatique, mais toujours reconnu et respecté par ceux qui lui sont restés fidèles (45). Si, au contraire, cet ordre juridique disparaît réellement — et non pas simplement légalement — la dissolution du groupement devient effective.

Cette dernière remarque fait bien apparaître ce qu'est la nécessité dont il est fait état ici ; elle n'est pas absolue, mais relative : c'est une nécessité fonctionnelle. L'existence d'une société quelconque, fût-ce une société politique — et même si elle s'appuie sur un long passé historique, comme les nations européennes — n'est jamais nécessaire. L'ordre juridique correspondant ne l'est pas davantage. Mais l'homme ne peut pas vivre en dehors de la société, ni cesser de former des sociétés politiques et d'agir par l'intermédiaire de toute une série de groupements secondaires. La contrainte que l'ordre juridique fait peser sur ses sujets peut être celle de la force publique. Elle ne cesse pas d'être, d'abord et plus profondément, celle de leurs besoins sociaux, beaucoup plus puissamment ressentis, même si c'est de façon obscure, et auxquels il est incomparablement plus difficile de se soustraire qu'à la contrainte organisée. Pour les groupements secondaires, chargés de satisfaire des besoins sociaux moins essentiels que les sociétés politiques, susceptibles de faire l'objet d'un choix, c'est l'adhésion qui en fait la cohésion et fait admettre la nécessité d'en respecter le droit (46).

(45) Cf. *infra*, p. 60.

(46) La grande tentative de Rousseau, pour lutter contre l'injustice dans le droit a consisté précisément à ériger en un Contrat social (c'est-à-dire en un acte librement décidé), ce qui relève de la nécessité : pour ce faire, il lui avait fallu, auparavant, nier le caractère insurmontable et irrépressible

En un mot, la nécessité de l'ordre juridique ne s'impose qu'à ceux pour qui la conservation de la société dans laquelle ils vivent est nécessaire à la satisfaction de leurs besoins sociaux, nécessité évidemment variable suivant le caractère plus ou moins impératif et urgent de ces besoins. C'est la nécessité d'un moyen par rapport à une fin inaccessible sans sa médiation (47) : nécessité fonctionnelle, comme nous l'avons déjà indiqué. Sa valeur vient, d'ailleurs, de cette relativité. Une nécessité absolue, à laquelle on ne peut se soustraire, comme la mort, n'est que contrainte et sujétion. Si elle n'est pas dépassée de façon quelconque, c'est-à-dire si elle ne conduit à rien, sa valeur ne peut être que négative : c'est un mal. Au contraire, une nécessité à laquelle on se soumet pour parvenir à un bien, comme la vie sociale, où l'homme trouve la satisfaction d'un grand nombre de ses besoins, possède elle-même une valeur

des besoins sociaux de l'homme, en recourant à l'imaginaire « état de nature ». Il a pourtant été, finalement, contraint de les reconnaître, puisque le Contrat social est passé alors que « l'état primitif ne peut plus subsister et (que) le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être » (*Le Contrat social*, livre premier, chap. VI).

Ce qui reste vrai de cette conception, c'est que le niveau auquel s'établit une société politique (son étendue) et le régime sous lequel elle vit peuvent faire — dans certaines limites — l'objet d'un choix : choix contesté en cas de soulèvement sécessionniste ou révolutionnaire. C'est pourquoi on peut dire que l'ordre juridique a besoin d'être accepté par ceux auxquels il s'applique. Cette remarque n'est pas inspirée par un préjugé démocratique, comme on a pu le croire (AMSELEK, *op. cit.*, p. 178), mais par une observation d'ordre historique et sociologique. Il ne s'agit pas ici, forcément, d'une acceptation par tous les membres du groupe, pris individuellement, mais par les diverses catégories sociales qui le constituent. Cette acceptation doit être comprise en tenant compte des phénomènes de domination de certaines catégories sociales sur d'autres. Il se peut que l'ordre juridique ne soit soutenu que par une minorité, peut-être faible, mais disposant de moyens de domination assez puissants pour s'imposer au reste de la population, en utilisant la contrainte. Pour celui-là, il ne s'agit donc que d'une acceptation passive et peut-être forcée : celle qui ne résulte pas d'une adhésion intérieure, mais d'une absence de résistance organisée ou même simplement généralisée, quels qu'en soient les motifs : inconscience, lassitude, peur, résignation, etc.

(47) Nous rejoignons donc ici encore la conception d'AMSELEK, qui voit dans le droit un outil pour l'homme, un instrument, une technique (*op. cit.*, p. 66 et s.). Cette affirmation nous paraît incontestable. Mais il est important de souligner qu'il ne s'agit pas seulement d'un instrument à la disposition de l'homme considéré isolément, fut-il un tout puissant dictateur dont la volonté fait loi. C'est d'abord, et avant tout, un instrument pour la société tout entière, qui en dépend pour son existence même. Cela lui confère une tout autre signification et une tout autre valeur.

positive : c'est un bien. Telle est la raison pour laquelle le droit ne constitue pas seulement, aux yeux des hommes, une technique indifférente mais une valeur précieuse, et pourquoi la plupart des systèmes moraux considèrent l'obéissance aux lois — au moins dans certaines limites (48) — comme un acte vertueux.

IV. — La fonction de l'ordre juridique.

Une grande partie de nos développements précédents ont touché déjà, de façon très directe, à la fonction du droit. Il est utile, cependant, de reprendre ces indications éparses et de tâcher d'aller un peu plus profond. Au surplus, peut-on définir une fonction avec exactitude sans s'interroger sur sa finalité ?

I. — Rationalisation et organisation des rapports sociaux.

Nous avons déjà touché le problème en évoquant les rapports entre droit et société. La fonction du droit, c'est d'ériger un groupe social en une société stabilisée et pacifiée.

Mais cela reste très vague. On pourrait dire aussi que la fonction du droit est une fonction d'ordre ou, si on préfère, de mise en ordre des relations entre membres de la société, ce qui est en harmonie avec l'expression d'ordre juridique, employée dès le début de cette étude. De façon plus précise encore, le droit réalise une *rationalisation* des rapports sociaux. En les soumettant à des normes, il confère aux comportements humains et aux situations sociales une signification déterminée, dont pourront être tirées sur le plan de l'action, des conséquences définies.

Cette rationalisation résulte d'abord de la réglementation juridique : d'où l'importance des règles, générales et abstraites, dans le droit. Mais est-ce bien là quelque chose de spécifiquement juridique ? Tout au contraire, comme nous l'avons déjà noté, le droit se heurte à un foisonnement de normes sociales, dont il est parfois difficile de le distinguer et de le séparer : règles morales, préceptes religieux, lois de l'honneur, usages, aussi multiples que les milieux sociaux, traditions de toutes sortes, habitudes sociales. Toutes ces règles opèrent, elles aussi, une

(48) Déterminées non pas — ou pas seulement — par la validité formelle de la loi mais plutôt par ce qu'on pourrait nommer sa validité intrinsèque, c'est-à-dire sa justice (cf. *infra*, p. 62 et s.).

place au milieu de leur ensemble. Mais en quoi se spécifie-t-il par rapport à elles ?

On pourrait se contenter de souligner que le droit représente une rationalisation beaucoup plus poussée et systématique, beaucoup moins empirique, que toutes les autres normes sociales. Cela explique le rôle joué par la logique, de façon extrêmement caractéristique, dans la pensée juridique. Mais il ne s'agit encore que d'une différence de degré. La plupart des normes sociales qui se forment spontanément comme les sédiments de la vie du groupe, constituent, sans doute, des ensembles assez incohérents. Mais il existe aussi des systèmes de droit qui se constituent de la même façon, par la coutume, et restent assez informes, affectés de nombreuses contradictions, et incapables de s'unifier. Inversement, la morale et les prescriptions religieuses peuvent faire l'objet d'une élaboration doctrinale extrêmement raffinée.

Ce qui paraît particulariser davantage l'ordre juridique vient de ce qu'il ne se contente pas de réglementer les comportements individuels ; il procède en même temps à une définition et à une distribution rationalisée des rôles sociaux, dont certains sont très spécifiques, par la place qu'ils occupent dans l'ordre juridique lui-même. C'est le cas, en particulier, des rôles de création et d'application des normes juridiques, comme ceux du juge ou du législateur.

Pour parler plus clairement, le droit établit et attribue des compétences. Dans certains cas, ces compétences sont conférées à des individus agissant pour leur propre compte. Dans d'autres cas, ces individus auront le pouvoir d'agir pour d'autres, voire au nom de la société tout entière : ils rempliront une mission sociale, ils auront la qualité d'autorités sociales ou juridiques (49).

(49) Il existe, bien entendu, des autorités sociales qui n'ont pas leur origine dans le droit, mais le droit, croyons-nous, est le seul système de normes sociales capables de créer des autorités spécifiques, nous voulons dire par là non seulement établies en vertu de ce système, mais en tirant leurs pouvoirs et agissant dans son cadre, créant ou modifiant les normes, qui le composent, ou en en assurant la création.

Le modèle le plus proche de l'autorité juridique est l'autorité religieuse, le prêtre. Il serait facile de montrer que, dès que la base de son statut social n'est pas plus purement magique (ce qui nous fait sortir du domaine des normes), elle repose sur une investiture, conférée en vertu de règles d'un droit qui, même s'il est religieux ou ecclésiastique, c'est-à-dire d'un type particulier, présente tous les traits du juridique. L'exemple du droit canon,

conséquences qui montrent en quoi la rationalisation de la vie sociale réalisée par l'ordre juridique diffère, de celle qui résulte des autres normes sociales. Il ne s'agit pas seulement d'une différence de degré : si elle est (ou peut être) plus poussée, c'est que la rationalisation juridique se réalise par des procédés spécifiques, permettant la formation de structures sociales dynamiques. Si le mot n'avait pas des résonances péjoratives, on pourrait parler d'une mécanisation de la vie sociale, ou, mieux encore, de la constitution d'un organisme social, à condition de se garder de tous les excès auxquels a conduit l'assimilation de la société à un organisme vivant.

La première conséquence est que l'ordre juridique fournit lui-même le moyen de l'identifier. En réglementant la création des normes qui le composent, ou en créant des autorités chargées de les faire respecter, il permet de les séparer de façon pratique, de la nébuleuse des normes sociales, et de les constituer en un ordre à part. Il autorise une qualification précise des normes juridiques en tant que telles. Comme nous l'avons vu déjà, l'ordre juridique présente un ensemble de traits assez caractéristiques pour permettre de le reconnaître facilement, même si toutes les normes qui le composent ne présentent pas l'ensemble de ces traits. A leur tour ces normes sont séparées, avec une relative facilité, de toutes les autres, par la constatation de leur rattachement. On se trouve donc en présence d'un ensemble cohérent, aux frontières bien définies, permettant une élaboration intellectuelle beaucoup plus poussée que ce n'est le cas pour les normes sociales non juridiques.

La seconde conséquence est que le droit permet, comme nous l'avons souligné déjà à plusieurs reprises, la constitution de mécanismes juridiques, c'est-à-dire de mécanismes sociaux dirigés par le droit, et dont les différentes parties sont articulées entre elles par des relations logiques. Par la combinaison de la réglementation des comportements et de la répartition des compétences, le droit détermine les réactions qui devront être celles des individus et de la société dans son ensemble (c'est-à-dire

dans l'Église catholique, est, évidemment, le plus remarquable, mais il n'est pas le seul.

De la même façon, toutes les autres autorités sociales, si elles ne sont pas de pur fait, c'est-à-dire résultant d'éléments psychologiques et sociologiques contingents, tels que l'ascendant d'une personnalité ou la crainte qu'elle suscite, reposent sur un ordre juridique, embryonnaire et fragile, comme c'est le cas pour un chef de bande, ou, au contraire, solidement établi et structuré, comme c'est le cas, habituellement, pour un chef d'État.

de ceux qui agissent pour son compte) devant toutes les situations, socialement importantes, qui peuvent se rencontrer. Il en résulte une formalisation des rapports sociaux, qui les rend intelligibles par tous ceux qui y sont engagés, permet à chacun de se situer par rapport à l'ensemble, d'anticiper les réactions qu'il risque de provoquer et, finalement, de déterminer le comportement qu'il peut ou doit utilement observer.

Enfin, et ceci se rattache immédiatement à cette dernière observation, le droit fournit à l'homme l'instrument de ce qu'on peut nommer une « action collective », dans laquelle la société se comporte comme un corps, agissant sur lui-même aussi bien que vers l'extérieur, de façon consciente et délibérée. C'est la puissance organisatrice du droit qui fait d'un groupe social un ensemble articulé propre à l'action — une action qui soit autre chose qu'une réaction socio-psychologique spontanée, qui se propose des buts et se donne des moyens, qui soit, en un mot, au service d'une politique (au sens le plus large du terme).

Le nombre, la nature et la perfection des mécanismes juridiques existant dans les divers ordres juridiques sont extrêmement variables. Certains peuvent même ne pas comporter cette dernière catégorie de mécanismes dont il vient d'être question, qui permettent une action collective de la société tout entière, la constituant en un corps social. Ce fut le cas longtemps — ce l'est encore, dans une large mesure — de la société internationale. Il est vrai que celle-ci présente une particularité qui la distingue de toutes les autres : elle est la société terminale, celle qui englobe la totalité des sociétés humaines et ne peut donc, en tant que telle, avoir aucune sorte de « relations extérieures ». L'ordre juridique international, pourtant, constitue, lui aussi, une rationalisation dynamique de la société internationale, s'appliquant à l'action individuelle de ses membres et offrant certaines ressources d'organisation, en vue d'actions collectives.

2. — Ordre et justice.

Orienté vers l'action et lui fournissant ses moyens, l'ordre juridique fait surgir, immédiatement, le problème des fins de cette action. Il est bien clair que ces fins sont choisies par les acteurs de la vie juridique, en fonction de leurs besoins, de leurs intérêts et de leur aspiration, et qu'elles sont hors du droit. Le juriste n'a donc pas à s'en occuper, si ce n'est dans la mesure où la réglementation juridique positive contient, dans ce domaine, des limites ou des injonctions. Mais, au-delà de ces finalités subjectives, et si on se place au niveau de l'ordre juridique

dans son ensemble — et de ses fonctions — une systématisation des « fins du droit » devient possible. Elle se développe à partir de deux valeurs, qui se retrouvent au centre de toute philosophie du droit : l'ordre et la justice. Il ne saurait être question, dans le cadre limité de cette étude, de reprendre à ce sujet un débat millénaire. Quelques indications paraissent, cependant, nécessaires pour montrer comment toute prise en considération du phénomène juridique aboutit à une rencontre avec ces valeurs.

L'ordre, au sens le plus large, englobant non seulement la paix et la stabilité, mais aussi l'organisation du corps social, constitue, comme nous l'avons vu, la fin première du droit, de n'importe quel ordre juridique. Mais, contrairement à ce qu'on feint trop souvent de croire, c'est une notion fuyante et ambiguë, admettant une multitude de conceptions fort éloignées les unes des autres. Sa signification oscille entre deux pôles : celui d'un ordre statique, où l'accent est mis sur la stabilisation et la conservation des situations sociales, sur des valeurs telles que la sécurité juridique et la paix sociale ; celui d'un ordre dynamique, où l'accent est mis sur l'organisation en vue des entreprises collectives, sur des valeurs telles que l'intérêt collectif ou l'unité nationale. L'ordre militant (révolutionnaire, ou socialiste) est tout autant un ordre que celui qui défend les traditions.

Dans les deux cas, le droit s'appécie essentiellement au point de vue de son efficacité : réussit-il, ou non, à réaliser cette fin d'ordre qui lui est assignée ? Tout naturellement, le juriste est d'abord concerné par cette question et considère que sa propre tâche consiste à utiliser et perfectionner la technique juridique pour accroître l'efficacité du droit. Pendant très longtemps, ce raffinement de la technique juridique a pu être considéré comme un travail qui se suffisait à lui-même et qui n'exigeait d'autres connaissances que juridiques. On se rend de mieux en mieux compte aujourd'hui qu'il n'en est rien, parce que le droit n'est pas une réalité à part, mais un phénomène social. Dès lors, son efficacité dépend autant et davantage des réactions sociologiques et psychologiques qu'il suscitera, que de la perfection du formalisme auquel il sera parvenu. Les mécanismes qu'il monte mordront ou non sur la réalité suivant qu'ils profiteront de ces réactions ou s'y heurteront. D'où la nécessité, pour le juriste qui n'est pas un pur praticien de la casuistique juridique, de disposer d'une large information dans les domaines de la sociologie, de la psychologie, de l'économie, de la science politique, etc.

Peut-on se limiter à ces remarques, lorsqu'on considère les fins du droit ? Une certaine tradition l'affirme et voit même, dans cette auto-limitation un des impératifs les plus exigeants de la science juridique.

Nous pensons, au contraire, que c'est une erreur, dont les conséquences sont sérieuses : c'est la conception même de cette science qui se trouve engagée dans ce débat. Nous y reviendrons dans un instant.

Il suffirait de s'en tenir à la notion d'ordre, comme fin et fonction du droit, s'il n'y avait jamais qu'un ordre possible (ou digne d'être établi), soit de façon générale, soit même pour chaque groupe social, et s'il ne pouvait s'appliquer aux situations individuelles que d'une seule façon. Mais il n'en est rien : des ordres fort différents peuvent être imaginés, voire même se trouver en concurrence et le même ordre s'interpréter de cent manières. En présence d'un ordre juridique particulier, la seule question qui vienne à l'esprit n'est pas : est-il efficace ? Inévitablement, une autre se présente — à laquelle on peut refuser de donner une réponse (ou de la chercher) — mais qu'on ne peut éviter : est-il juste ?

On a prétendu écarter l'idée de justice des préoccupations du juriste parce que le contenu de cette idée ne pourrait être scientifiquement établi, qu'il serait variable et contingent et, par conséquent, subjectif (50). C'est un bien curieux raisonnement. A le suivre jusqu'au bout, il faudrait renoncer à toute théorie générale du droit car les ordres juridiques historiques diffèrent tous les uns des autres par leur contenu et ne sont, les uns et les autres, que le produit des conceptions subjectives dominantes dans le groupe social où ils s'appliquent. Si l'idée de justice — quel qu'en soit le contenu — joue un rôle important dans le développement et le fonctionnement de l'ordre juridique, si, en d'autres termes, elle se trouve prise dans le phénomène juridique tel qu'il se présente à l'observation, il est indispensable de la reconnaître et d'en mesurer les effets (51).

La justice est importante dans le fonctionnement d'un système normatif tel que le droit, parce que sa raison d'être est de mesurer la correspondance exacte entre ce qui est et ce qui doit être. L'homme juste est celui qui rend à chacun ce qui lui est dû, et il n'en va pas autrement de l'ordre juste. C'est le noyau immuable de l'idée de justice, au-delà de toutes les constructions philosophiques ou morales les plus savantes, et qui se retrouve dans tout système juridique en action. Ce n'est ni une banalité, ni un truisme, mais une définition et une exigence à laquelle nul n'est prêt à renoncer, et qui a donc une très grande importance

(50) Kelsen n'invoque pas d'autre raison pour l'expulser de la science du droit (*op. cit.*, p. 87).

(51) En revanche, il n'est certainement pas de méthode « scientifique » pour déterminer le contenu de la justice. C'est pourquoi le juge ne pourra jamais être remplacé par un cerveau électronique, fort heureusement !

sociale. Après cela, il faut définir ce qui « est dû », c'est-à-dire le mètre selon lequel on jugera, et c'est là que les divergences commencent.

Ceci montre bien ce qu'il y a d'artificiel à toujours opposer ordre et justice, comme on a trop tendance à le faire, en louant, ou rejetant au contraire, avec indignation, le mot fameux de Goethe : « Une injustice plutôt qu'un désordre. » Les relations entre ces deux valeurs dominantes de l'ordre juridique sont autrement complexes.

En première approximation, la justice est réalisée par l'ordre. La mesure de ce qui est dû, c'est le droit établi qui la donne, qui s'applique à tous et représente, presque partout, le point d'aboutissement d'une longue et vénérable tradition. Ce point est accepté, implicitement, bien plus souvent qu'il ne paraît. Et pas seulement dans les sociétés traditionnalistes. Le culte rendu, au moins verbalement, à la légalité : principe de légalité dans les systèmes libéraux, légalités socialistes dans les régimes d'inspiration marxiste-léniniste, le montre bien. La justice appartient à l'ordre juridique, l'injustice aux hommes, lorsqu'ils se dérobent à l'application du droit, le violent, le déforment ou l'utilisent mal. Ce sera à l'ordre juridique lui-même qu'il appartiendra de redresser de pareilles situations, par l'appareil majestueux de ce qu'on nomme, précisément, la Justice. La réalisation de la justice — la justice selon l'ordre — est partout l'une des fonctions essentielles du droit, par l'intermédiaire de mécanismes dont les règles d'organisation et de fonctionnement forment la partie centrale de tout ordre juridique autonome. Une partie de la doctrine moderne a tendance, sous prétexte de « réalisme » — il s'agit plutôt de sensualisme, ou de matérialisme vulgaire et scientiste — à ne voir dans l'appareil judiciaire que l'aspect technique et l'efficacité dans la réalisation d'une politique de répression et de « pacification ». C'est, croyons-nous, mutiler gravement le phénomène juridique, en même temps que la réalité sociale (52).

L'ordre, cependant, ne peut, à lui seul, réaliser la justice et la réaliser intégralement. Son formalisme est trop rigide pour s'adapter aux mille méandres de l'histoire et aux inépuisables variations des circonstances. Bien plus, s'il tente de le faire, il aggrave encore la dureté de ses angles, lorsqu'il ne tombe pas tout simplement dans la confusion. Ceci encore a été noté depuis longtemps : *summum jus, summa injuria*. En face de

(52) Parce que tout ordre juridique invoque à son profit l'idée de justice, toute théorie du droit qui évacue cette idée sert finalement l'ordre établi, à une portée conservatrice. C'est une transposition de la pensée bien connue : celui qui refuse de faire de la politique prend, par ce refus, une position politique.

cette difficulté, la justice prend alors un autre nom, bien connu, lui aussi, du juriste : l'équité, par laquelle la règle trop étroite ou trop raide est aménagée, complétée, ou même écartée, pour répondre au sentiment intuitif de la justice qu'aurait blessé l'application rigoureuse du droit. L'équité ne s'élève pas contre l'ordre et ne le contredit pas. Bien au contraire, elle le sert, en le rendant plus humain, plus supportable, plus sage. Cette forme de justice ne s'oppose donc pas à la précédente mais la complète. Elle va plus loin cependant. Elle met en œuvre un pouvoir plus grand que celui de rendre la justice sur la base des règles établies. C'est pourquoi, si l'ordre peut la reconnaître et la tolérer, il peut aussi en fixer l'usage, le limiter et même l'interdire. Dans tous les cas, on reste dans le cadre de l'ordre juridique et l'équité s'alimente, *in concreto*, au même sentiment de justice qui a inspiré, *in abstracto*, la règle juridique dont elle infléchit ou écarte l'application.

D'un point de vue pratique, l'idée particulière de la justice, et les valeurs qui s'en déduisent, à l'œuvre dans un ordre juridique déterminé, ne sont pas indifférentes. Contrairement à ce qu'on enseigne trop souvent, l'interprétation et, partant, l'application et le développement du droit, ne sont ni des opérations de pure logique, ni des décisions arbitraires. Les intérêts y font sentir leur poids, cela va sans dire (53), mais ce serait tronquer le complexe ensemble des motivations humaines, que de nier l'attraction qu'exerce, aussi, le besoin de justice : sur ce point, les hommes politiques font preuve, habituellement, de plus de sens psychologique que les doctrinaires du droit. Pour triompher au plan du droit, l'intérêt doit démontrer qu'il est juste, même au prix de sophismes, en invoquant à son profit des valeurs reconnues.

Il faut bien en venir, finalement, à celui des rapports entre l'ordre et la justice qu'on commente le plus souvent. A l'ordre qui affirme incarner la justice, on peut répondre qu'il est lui-même injuste, soit au nom des valeurs mêmes dont il se réclame, soit au nom de valeurs pré-

(53) Le même préjugé qui oppose, comme deux antinomiques, ordre à justice, affronte de la même façon justice et intérêt. C'est ne pas voir que la justice tranche entre les intérêts. Il n'y a pas, en ce bas monde, une justice désintéressée (et désincarnée) et des intérêts injustes, mais, en face d'une justice qui s'efforce à l'impartialité (ou est sensée s'y efforcer), des intérêts qu'elle trouve justes et des intérêts qu'elle estime injustes.

Le schéma que nous décrivons est, tout au moins, celui auquel tous les ordres juridiques prétendent se conformer. Il est bien clair que cette prétention dissimule partout une bonne dose d'hypocrisie et, parfois, une complète imposture.

tendement supérieures. C'est ici seulement que prend du poids l'argument selon lequel le sentiment de la justice étant subjectif — et par conséquent variable avec les individus — le juriste scientifique ne doit pas se préoccuper de cette question, qui est « méta juridique ».

Une telle position, à bien des égards justifiée, nous paraît, cependant trop absolue. Tout d'abord, si, comme nous le voyons, le recours à l'idée de justice est inévitable dans le travail d'interprétation du droit, aucune ligne absolument ferme ne peut être tracée entre ce qui est juste en vertu de l'ordre (ou du droit) et ce qui est juste en dépit de lui. Sur ce point, les observations de Kelsen sur le caractère créateur de l'interprétation (54) sont parfaitement fondées. Or, il est absolument impossible de décrire, de façon intelligible et utile, le droit positif sans se livrer à un travail d'interprétation. Les tentatives faites pour procéder à cette description en énumérant toutes les interprétations logiquement possibles sans indiquer de raisons de choisir entre elles (55), n'ont pas été particulièrement concluantes. L'analyse du droit positif nous semble donc irréalisable sans appréciation de la justice ou de l'injustice de ses dispositions. Ce qui ne veut pas dire, pour autant, qu'on ne doive continuer à tenir fermement la distinction entre la description *de lege lata* et la proposition *de lege ferenda*.

En second lieu, il faut s'interroger sur l'objectif qui est poursuivi, lorsqu'on met en question la justice d'une règle de droit. S'il s'agit de porter un jugement sur la valeur morale de la règle, on sort incontestablement du domaine de la science du droit, même si le juriste s'estime particulièrement qualifié pour porter un tel jugement et croit même que c'est son devoir de le publier. Pas plus que n'importe quel savant, le juriste n'est emprisonné par les limites de sa discipline. Mais il doit être assez lucide pour savoir ce qu'il fait et assez honnête, intellectuellement, pour ne pas mélanger les genres. C'est encore la distinction des points de vue de *lege lata* et de *lege ferenda*.

Il se peut, au contraire, qu'on prétende tirer des conséquences juridiques de l'injustice prétendue d'une règle : la déclarer non valable, par exemple. On rentre, alors, dans le domaine de la science du droit. Mais il faut alors examiner la question au point de vue du problème général de la validité, dont nous avons dit déjà qu'il était au centre de ceux qu'a à résoudre la science du droit.

(54) *Op. cit.*, p. 459 et s.

(55) Par exemple, par KELSEN lui-même, dans *The Law of the United Nations*.

V. — La validité du droit.

I. — Validité et facticité.

Il n'existe pas, avons-nous dit, de norme juridique positive à l'état isolé. C'est l'appartenance à un ordre juridique qui confère à une norme son caractère juridique et sa place dans cet ordre. Mais elle lui attribue aussi sa validité, dans l'hypothèse où l'ordre juridique considéré est lui-même valable, et sous réserve qu'elle ait satisfait aux conditions auxquelles il en subordonne l'acquisition. Il se peut que la norme considérée ait été posée par un acte juridique, pris lui-même en application d'une norme (habituellement) plus élevée. S'il en est de même de cette dernière, on sera renvoyé à une troisième norme, supérieure aux précédentes. La logique de ce schéma, déjà évoqué, suggère que, de degré en degré, on soit forcé de remonter à une norme première, ou fondamentale, dont la validité, par nécessité logique, doit être établie par une autre méthode. On aura reconnu la construction célèbre de la *Stufentheorie*, systématisée par la théorie pure du droit, qui accroche la validité de toutes les normes composant un ordre juridique (et, donc, de cet ordre juridique lui-même), à une norme unique, fondamentale et hypothétique (56).

Ce système trop logique impressionne parce qu'il paraît rendre compte de façon exacte de la structure hiérarchisée du droit étatique moderne. A y regarder de près, on s'aperçoit, au contraire, qu'il le simplifie de façon outrancière (57). Et il présente un dessin qui n'a plus aucun rapport avec la structure de nombreux autres ordres juridiques, à commencer par le droit international. Sa faiblesse vient, nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, de ce qu'il néglige le fait que tout ordre juridique positif est un phénomène socio-historique. L'existence d'un ordre juridique se constate avant que puisse se poser la question de sa validité. Et on peut en dire autant d'une norme : son existence et son appartenance à un ordre juridique se constatent d'abord comme des faits. Après cela seulement viendra le doute sur la validité. La théorie du droit ne peut, sous prétexte de pureté méthodologique, feindre qu'il n'en est rien.

Dès lors, l'affirmation *a priori*, d'après laquelle toute norme positive est posée en vertu d'une norme supérieure préétablie, ou présupposée,

(56) Kelsen, *op. cit.*, p. 255 et s.

(57) Cf. *La pensée juridique*, p. 173 et s.

est inacceptable. C'est, en effet, exclure, sans raison valable, la possibilité de la formation spontanée de normes par le simple développement de la vie sociale. L'histoire et la sociologie nous enseignent, au contraire, que le surgissement de telles normes est constant. Mais la question se pose, évidemment, de savoir si une norme issue d'une pratique, c'est-à-dire d'une habitude sociale, qui s'est établie *de facto*, est bien une norme juridique et si elle est valable.

Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner la norme en elle-même et dans ses rapports avec d'autres normes, dont le caractère juridique est déjà établi. Présentent-elles les traits spécifiques du juridique, tels que nous les avons reconnus ? Joue-t-elle en corrélation avec d'autres normes juridiques ? En un mot : prend-elle place, *de facto*, dans l'ordre juridique qui régit la société où elle s'est formée ? Le juriste de droit international ne procède pas autrement, lorsqu'il se demande si un usage a valeur coutumière ou relève seulement de *comitas gentium*. En même temps, il faut interroger l'ordre juridique pour voir à quelles conditions il admet qu'une coutume est « suffisamment établie », c'est-à-dire quels caractères doit présenter la pratique pour donner naissance à une règle valable (il se peut, d'ailleurs, que certains ordres juridiques établissent un monopole de création du droit au profit du législateur, au moins dans certains secteurs, rendant ainsi impossible la formation de règles coutumières valables).

En revanche, même d'un point de vue théorique, il est tout à fait inutile, pour expliquer *ex post facto* la validité d'une règle coutumière, de faire appel à une norme supérieure, qui autoriserait la pratique à se transformer en droit (58). L'existence d'une telle norme est, évidemment une pure fiction ou, plus exactement, une pétition de principes. Le fait que la théorie pure du droit se soit placée dans la nécessité « logique » d'y recourir montre simplement qu'elle a mal posé le problème (59).

(58) Kelsen, *op. cit.*, p. 292 et 304.

(59) Le normativisme, adoptant la *Stufentheorie*, construit l'ordre juridique avec une belle simplicité, d'un seul mouvement de bas en haut, qui part de l'hypothétique et unique norme fondamentale et descend, de degré en degré, jusqu'aux dernières normes individuelles. Cet édifice peut être satisfaisant pour l'esprit, mais il ne représente qu'une reconstruction, après coup et, par conséquent statique, de ce qui a grandi de tout autre manière.

On constate, au contraire, dans la véritable genèse de l'ordre juridique, un va-et-vient, un double mouvement : qui va de haut en bas, des règles aux situations individuelles, par voie de déduction et de concrétisation, et, de bas en haut, des situations individuelles aux règles, par voie d'induction et de généralisation. En simplifiant, le premier mouvement est celui du

La validité d'une norme juridique, en définitive, ne signifie pas autre chose que ceci : cette norme vaut dans l'ordre juridique auquel elle appartient. En d'autres termes, elle est susceptible de produire des effets de droit dans le cadre de cet ordre. Les obligations qu'elle comporte obligent ceux qui sont soumis à ce dernier. Ils pourront, effectivement, user des pouvoirs et des droits qu'elle leur reconnaît. C'est donc, il est extrêmement important de le noter, une qualité essentiellement relative (60). Dans la pratique, la tâche de celui qui analyse le droit positif se borne donc à constater d'abord si la norme a été créée dans des conditions qui la rattachent effectivement à l'ordre juridique auquel elle est sensée appartenir. Le cas échéant, il devra ensuite se demander si cette création ne s'est pas accompagnée d'irrégularités susceptibles de remettre en cause la validité qui en découle normalement. Mais, comme on sait, une norme créée de façon irrégulière et normalement tenue pour valable, si l'ordre juridique ne contient pas de moyens propres à la faire déclarer nulle ou si ces moyens ne sont pas, ou ne sont plus, utilisables (61).

Quoi qu'il en soit, la discussion de la validité d'une norme, à ce niveau,

droit écrit, le second celui de droit issu de la pratique, qu'elle soit coutumière ou judiciaire. L'importance relative de ces deux mouvements est variable. Les juristes habitués au droit écrit ont tendance à ne voir que le mouvement descendant. Il existe pourtant des ordres juridiques où les situations individuelles comptent davantage que les lois dans la formation du droit. Le système de la *common law* en fournit un exemple bien connu, auquel on peut ajouter celui du droit international, malgré ses tendances actuelles à la codification.

(60) Cette relativité ne fait, évidemment, pas obstacle à ce qu'une norme juridique prétende s'appliquer hors de la sphère de l'ordre auquel elle appartient, mais elle a pour conséquence qu'une telle application trouvera place seulement dans les ordres juridiques ayant reconnu le premier comme valablement établi. Ceci sous réserve des règles en matière de conflits de lois, qui peuvent écarter l'application d'une loi étrangère, même tenue pour valable.

Mais il n'y a aucun scandale pour l'esprit à admettre qu'une même norme peut être simultanément valable et non valable, au regard, bien entendu, d'ordres juridiques différents.

(61) Le normativisme, fort embarrassé par cette situation, est obligé de supposer que la norme supérieure, attribuant validité aux normes créées conformément à certaines conditions qu'elle établit, compose des dispositions alternatives rendant valables aussi les normes créées sans respecter ces conditions (cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 363). C'est une explication vraiment facile, mais un peu trop gratuite !

part d'une hypothèse tenue pour vraie (62) : la validité de l'ordre juridique dans le cadre duquel on s'est placé. Pour le praticien ou pour celui qui décrit le droit positif, cela va de soi, et il est inutile d'aller plus loin. Mais, du point de vue de la théorie du droit, cette validité est aussi en question. Elle doit, elle-même, être fondée : il faut vérifier si l'hypothèse de travail du praticien correspond à la réalité. Nos précédentes observations, croyons-nous, nous permettent de dire comment cette vérification peut être faite : l'ordre juridique est justifié par sa nécessité, c'est d'elle qu'il tire sa validité.

Qu'on ne s'y méprenne pas. La validité de l'ordre juridique ne se confond pas avec sa facticité, c'est-à-dire avec son existence historique, elle s'en déduit seulement. Même s'il est peu efficace, c'est-à-dire fréquemment violé, l'ordre juridique établi sur un groupe social demeure la condition nécessaire pour que ce groupe ne se désagrège pas dans le chaos. Cela suffit à fonder sa validité, tant qu'il n'aura pas été remplacé par un autre ordre juridique, peut-être établi sur d'autres bases sociologiques.

Il faut insister sur ce point : c'est sa nécessité et non sa facticité qui fonde la validité de l'ordre juridique. Nécessité, nous l'avons dit, relative à un groupe social déterminé et fonctionnelle : moyen de le maintenir en tant qu'unité différenciée (ou individualisée) et pacifiée. Elle repose donc, en dernière analyse, non sur un fait (on ne passe pas du fait au droit), mais sur une interprétation de ce fait supposant elle-même un choix et donc une valeur qui le détermine : celle que représente le groupe social considéré aux yeux de ses membres (ou même de ceux qui n'en font pas partie, mais la reconnaissent). C'est pourquoi, finalement, la validité de l'ordre juridique résulte de l'acceptation dont il fait l'objet de la part de ceux qui lui sont soumis.

Pour employer un langage juridique, on dira, en conséquence, que la validité de l'ordre juridique est établie *prima facie* par la seule constatation de son existence, surtout si celle-ci est paisible, non contestée. On peut parler aussi de présomption. La question qui se pose est alors de savoir si cette validité peut être remise en cause, si la présomption peut être renversée.

(62) Sur la nécessité de prendre appui sur une telle hypothèse, dans l'analyse courante du droit positif, Kelsen a donc vu juste, mais il ne s'agit pas d'une hypothèse transcendante. Nous croyons, en outre, qu'il se trompe lorsqu'il affirme que cette hypothèse est celle d'une norme fondamentale unique.

2. — Validité et « droit supérieur ».

Le problème se pose de façon très concrète, lorsque l'ordre juridique considéré n'est pas isolé, mais intégré lui-même dans un ordre juridique supérieur. Ce dernier peut, très évidemment, subordonner à certaines conditions la constitution en son sein d'un système de création et d'application de normes juridiques valables à l'intérieur d'une unité sociale plus restreinte. Si on admet que l'idée d'ordre juridique ne s'applique pas seulement à l'ordre étatique, qui n'est qu'un cas particulier, la portée de ces observations apparaît très clairement : le droit étatique domine les ordres juridiques secondaires, les sociétés, les associations, les groupements de tous genres qui peuvent s'établir sur son territoire. Il peut en réglementer la création et la compétence, et, par conséquent déclarer non valables certains d'entre eux.

Il n'est pas inutile de souligner que ces rapports entre ordres juridiques ne s'établissent pas de façon abstraite et arbitraire, sans références aucune aux réalités sociologiques sous-tendues par ces ordres. Comme nous l'avons dit déjà, si les membres d'un groupe estiment que l'association qu'ils forment doit se maintenir et poursuivre la réalisation de ses objectifs, ils peuvent fort bien continuer à considérer comme pleinement valable l'ordre juridique particulier qu'ils ont constitué à cette fin et auxquels ils obéissent spontanément, même après que l'État ait déclaré illégal et en ait prononcé la dissolution. C'est une conséquence de la relativité de l'idée de validité et de ses applications.

Il n'en demeure pas moins que tous les groupements secondaires formés par des hommes sont sociologiquement immergés dans la société politique nationale qu'organise l'État, et dont la nécessité pour tous — y compris pour les membres de ces groupements secondaires — est absolument impérative. La référence à l'ordre juridique étatique prend, de ce fait, une signification particulière, et ceci d'autant plus que l'État dispose d'un appareil juridique sans parallèle pour assurer le respect de son droit. Cette observation permet de résoudre sans difficulté ce problème qui embarrasse, si étrangement, de nombreux théoriciens du droit, à commencer par Kelsen (63) : celui de l'ordre juridique formé

(63) V. les explications extraordinairement embarrassées de celui-ci, *op. cit.*, p. 60 à 68 et spécialement p. 65. Finalement, l'ordre de la « bande » ne devrait pas être considéré comme juridique pour la seule raison que l'ordre étatique qui le combat serait plus « efficace » dans l'usage de la contrainte ! Au contraire, KELSEN s'élève véhémentement contre l'idée qu'on pourrait refuser de reconnaître la « bande de voleurs » comme

par une association de malfaiteurs, un gang, et de sa validité. Cet ordre pourra, évidemment, être considéré comme valable par ses membres, d'autant plus qu'il s'appuie souvent sur un ordre plus large, celui de la « société criminelle » : la soi-disant « loi du milieu » (64). Parce que ceux-ci ne se groupent que pour commettre des infractions, cette loi sera, au contraire, considérée comme dépourvue de toute validité par tous les autres membres du groupe national et par l'État lui-même. On ne peut, simultanément, reconnaître — ou poser — la validité de l'ordre juridique étatique, en raison de sa nécessité, et celle d'un ordre établi pour le violer par le crime. Entre les deux, les réalités de la vie sociale ne laissent pas de place pour un choix (65).

Dans les rapports entre l'État et l'ordre international, les choses sont, évidemment, bien différentes, parce que la situation sociologique est tout autre. C'est ce qui explique que le droit international soit finalement obligé de reconnaître un certain nombre de situations établies en violation de ses propres règles. L'importance croissante des relations extérieures dans la vie des États a, cependant, pour effet, de rendre de plus en plus contraignante la nécessité du droit international. Expriment l'ordre d'une société dont les États sont membres, et qui les englobe, qui bénéficie, par conséquent, de la supériorité du tout sur les parties, le droit international est en mesure de qualifier juridiquement le comportement des États. Il serait, au moins théoriquement, capable de déclarer non valable un ordre étatique déterminé.

L'intervention d'un ordre juridique supérieur, correspondant à une

un ordre juridique, parce que cet ordre serait injuste. Pourtant c'est bien son caractère criminel (au sens du droit positif et non seulement de la morale) qui empêche de le considérer comme valable, même s'il se montre plus « efficace » que l'ordre étatique (ce qui peut arriver). Voir également l'étonnante indifférence à l'égard des réalités politiques et sociologiques qui conduit KELSEN à passer de la « bande de voleurs », agissant à l'intérieur d'un État, à l'État pirate, comme ceux qui ont existé sur la côte sud de la Méditerranée après le xvi^e siècle, en se plaçant au seul point de vue de l'efficacité, de la contrainte (*loc. cit.*, p. 65).

(64) Qui peut, dans certains cas, celui de la Mafia, par exemple, s'ériger en rivale de la loi de l'État.

(65) Ce n'est donc pas en fonction d'une représentation subjective de la justice qu'on reconnaîtra la validité de l'ordre juridique étatique et qu'on la refusera à l'ordre des malfaiteurs. La violation de l'ordre social établi, du droit étatique, pour des raisons de lucre, de profit individuel, est un crime *objectivement* et non par une décision arbitraire et subjective. En d'autres termes, le juriste ne peut, sous prétexte d'objectivité scientifique, placer sur le même plan tous les ordres juridiques, leurs prétentions à la validité et les valeurs qu'ils consacrent.

réalité sociologique certaine, représente une première hypothèse, simple, de contrôle et, éventuellement, de remise en cause de la validité d'un ordre juridique donné. Elle nous maintient, incontestablement, dans la sphère du droit positif. Mais elle n'est pas la seule. La pensée juridique a élaboré des constructions plus complexes, mais non moins importantes dans la pratique, bien qu'elles conduisent aux frontières du droit positif et amènent même à les franchir dans certains cas. Pour les synthétiser, très grossièrement d'ailleurs, nous dirons qu'elles font appel soit à l'idée d'un ordre juridique échappant aux prises d'une action humaine inscrite dans l'instant présent, soit parce qu'il est établi dans l'histoire, soit parce qu'il est transcendant, sans que ces deux hypothèses, d'ailleurs, soient toujours clairement distinguées.

La conception d'un ordre juridique formé par l'histoire et ne relevant que d'elle ne manque pas de fondement. Les grands groupes politiques, tels que les nations, sont le résultat d'un processus historique, souvent extrêmement ancien, au cours duquel ils ont acquis des caractères structurels stables, qui ne peuvent être transformés eux-mêmes que par l'action du temps. De cela découle tout naturellement l'idée d'un ordre juridique lui-même établi dans la durée, dont les normes fondamentales, mûries par les années ou même les siècles, ne peuvent être modifiées par une décision de circonstance, surtout si celle-ci n'émane que d'un petit groupe d'individus, quels que soient les pouvoirs juridiques formels qu'ils soient parvenus à réunir entre leurs mains. On a reconnu ici une certaine idée de la légitimité, qui peut d'ailleurs, suivant les cas, être associée à des qualificatifs variés, voire opposés : monarchique, républicain, démocratique, etc.

Dans cette hypothèse, il n'est fait appel d'un ordre juridique donné à un ordre différent et supérieur, correspondant lui-même à une autre réalité socio-historique. Il s'agit bien du même groupe social — et donc du même ordre juridique — mais considéré sous deux angles différents : celui de son existence actuelle et celui de son développement dans la durée. Et il est moins question de mettre en cause la validité de l'ordre juridique en tant que tel, que de contester la validité de certaines des normes qui y ont été introduites à un moment donné, notamment sur le plan constitutionnel.

Il n'est pas douteux qu'on pénètre ici sur un terrain beaucoup moins sûr. La contestation portant sur la validité du droit se double ici d'une incertitude sur les réalités historiques et sociologiques auxquelles cette validité est liée, d'une difficulté extraordinairement aggravée de constater ces réalités de façon objective. La notion de légitimité, cependant, occupe une trop grande place aussi bien dans le droit positif que dans

la vie politique, pour que le juriste puisse s'en désintéresser, même s'il ne peut la traiter, de façon pratique, à l'abri de toute controverse. Il serait bon, au contraire, qu'il vînt apporter un peu d'ordre et de lumière dans une matière trop complètement abandonnée à la réflexion politique, le plus souvent militante.

L'histoire, cependant, ne peut être invoquée de cette façon que dans quelques hypothèses privilégiées. Aussi est-il nécessaire d'admettre une réalité à l'égard de laquelle la science du droit a éprouvé tant de répugnance qu'elle a fini par la nier : la pensée juridique, quand elle aborde le problème de la légitimité, ne parvient pas à se passer de l'idée d'un ordre juridique transcendant. Nous n'entendons pas par là un ordre de caractère ou d'origine métaphysique. Ce serait réduire le problème très en deçà de ses dimensions réelles. Nous voulons dire : transcendant les règles du droit positif, valant non pas en raison des modalités de sa création, comme ces dernières, mais en raison de son contenu, où s'expriment les exigences de la justice.

En harmonie avec le caractère nécessaire du droit, de tels systèmes ont pu être conçus par référence à un ordre nécessaire pour que l'homme et la société s'accomplissent pleinement, en satisfaisant à toutes les exigences de leur nature. C'est l'idée du droit naturel. Elle tend, aujourd'hui, à être remplacée par une conception plus dynamique, qui met à la place de la « nature », rejetée par les philosophes modernes, l'évolution ou l'histoire, saisie, cette fois, de façon « globale ». L'ordre juridique transcendant est, désormais, idéologique, et définit le droit nécessaire pour que l'évolution dans laquelle sont engagées les sociétés humaines atteigne le point d'aboutissement qui lui est assigné, son contenu dépendant de la phase d'évolution à laquelle ces sociétés sont parvenues. Dans les deux cas, nous retrouvons la nécessité fonctionnelle du droit, ne s'appliquant plus, toutefois, à une société historique réelle, mais à une société idéale, simplement conçue.

Loin d'être en recul, ces conceptions tendent à prendre une importance sans précédent dans certains secteurs du droit, aussi bien au niveau étatique qu'à celui de la société internationale. Par cela aussi elles s'imposent au juriste. Elles ne représentent pas seulement, comme on l'a trop répété, un parti pris subjectif, que la science du droit se doit d'ignorer. La place qu'elles occupent dans la critique du droit positif et dans les facteurs qui commandent son évolution les fait apparaître comme un phénomène objectif, dont il faut tenir compte. La définition de ces ordres transcendants et des normes qui les composent, l'établissement de leur validité ne relèvent pas, sans doute, de la science du droit, mais de la philosophie du droit, elle-même province de la philosophie

politique, et tributaire des grands systèmes philosophiques et idéologiques. Les rapports qu'ils entretiennent avec le droit positif concernent certainement le juriste, comme tous les autres aspects du phénomène juridique.

Cette conclusion ne doit pas être mal comprise, cependant, ni introduire la confusion dans la pensée juridique. Les ordres juridiques positifs sont les seuls à pouvoir faire l'objet d'une analyse scientifique, parce que, seuls, ils constituent des réalités objectives et observables. Pour cela, ils sont à part. Aucune confusion avec des ordres juridiques idéaux n'est possible. Sur ce point, le positivisme juridique a raison. Tout ce qui concerne la conception d'un droit idéal, qu'il soit naturel ou idéologique, relève de la philosophie ou de la morale, et non d'une démarche scientifique.

Toutefois, la science du droit ne se limite pas à l'analyse exégétique, ou logico-conceptuelle, des normes juridiques, si son objet est bien le phénomène juridique tout entier. Puisque, comme nous l'avons vu, ce phénomène n'est pas seulement normatif, mais aussi — et c'est ce qui confère sa positivité à l'ordre juridique — socio-historique, la science du droit doit le connaître également sous cet aspect. Ce qui l'amènera, nécessairement, à se libérer de la perspective strictement formaliste et statique où s'enferme le positivisme juridique, pour envisager l'ordre juridique en devenir : en formation et en action, dans une société réelle. Sous cet angle, le contenu du droit devient aussi important que ses aspects formels, pour le théoricien aussi bien que pour l'analyste du droit positif. La dynamique de l'idée de justice, telle qu'elle s'exprime dans des systèmes idéaux, ou dans la simple intuition des acteurs de la vie juridique, est aussi digne d'attention, dans la mesure où elle constitue un important facteur d'évolution du droit. La science du droit ne saurait donc s'en désintéresser, pas plus qu'elle ne saurait, pour s'en occuper, renoncer à l'élémentaire distinction entre ce qui est et ce qui devrait être.

MICHEL VIRALLY,

Professeur aux Universités de Genève et Strasbourg
et à l'Institut Universitaire
de Hautes Études Internationales de Genève.
