



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i>	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i>	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i>	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i>	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i>	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i>	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i>	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i>	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i>	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i>	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i>	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i>	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i>	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i>	236
<i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i>	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen

Gregory BLIGH

*Maître de conférences en droit public
Sciences Po Lyon (CERCRID)*

« *What reason demands is voluntary co-operation in a coercive system.* »

H. L. A. Hart¹

Dans sa conférence *The Path of the Law*, O. W. Holmes affirme : « les prophéties relatives à ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit »². Il faudrait alors envisager les règles juridiques comme le ferait un « mauvais homme » qui s'intéresse uniquement aux conséquences officielles de ses actes si sa désobéissance venait à être découverte et punie³. Le propos de Holmes porte sur les conditions de la connaissance du droit, et ne prétend pas caractériser le rapport du commun des citoyens au droit positif. Or, c'est un mystère sans cesse renouvelé que les règles juridiques sont suivies par des individus qui ne risqueraient pas d'être découverts s'ils les violaient. D'un côté, il peut sembler qu'il n'y aurait pas grande raison de se soumettre aux règles juridiques si celles-ci s'avéraient dépourvues de toute sanction. De l'autre, non seulement serait-il inexact de soutenir que l'individu est motivé par la crainte de la sanction dans la plupart des cas où il se conforme au droit positif, mais les autorités publiques ne possèdent pas même les moyens matériels de s'assurer que les citoyens s'y soumettent. Leur capacité de contraindre à l'obéissance n'est pas illimitée. Il semblerait que la sanction ne soit destinée qu'à intervenir ponctuellement, à la marge.

Saisir les contours de « l'autorité » du droit. – Nous examinons ici, et rejetons, le projet visant à penser le droit à partir d'un unique élément – la sanction institutionnalisée – qui permettrait d'en saisir la spécificité. Cela revient à reconstruire le phénomène juridique en attribuant un rôle erroné à la sanction

¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, O.U.P., 3^e éd. 2012 [1961], p. 198 [ci-après cité : CL] (Hart souligne).

² O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 461 (nous modifions légèrement la trad. fr. de F. MICHAUT, *Clio@Themis*, 2009, vol. 2, § 88, [DOI : [10.35562/cliiothemis.942](https://doi.org/10.35562/cliiothemis.942)]).

³ *Ibid.*, p. 459.

dans l'action du droit. Nous soutenons que toute modélisation pertinente de l'ordre juridique doit permettre de rendre compte de ce que nous appelons « l'autorité du droit »⁴, c'est-à-dire le phénomène par lequel les règles juridiques trouvent à s'appliquer en dehors de la mise en œuvre de tout mécanisme coercitif⁵. Il faut, certes, pouvoir proposer une explication pertinente de l'ordre juridique comme ensemble de règles valides. Cependant, se concentrer uniquement sur le droit comme système de règles valides laisse supposer que l'obéissance au droit repose, *in fine*, sur la possibilité latente de la sanction. Il faut comprendre l'obéissance au droit dans l'écrasante majorité des cas dans lesquels la sanction ne joue aucun rôle et n'est prise en compte d'aucune manière par les individus. Il nous apparaît que l'autorité du droit nous semble ne pouvoir être adéquatement saisie qu'à l'aune du rapport politique qui amène les gouvernés à coopérer spontanément avec leurs gouvernants. Pour le dire le plus clairement possible, nous cherchons à réexaminer dans les termes classiques de la théorie du droit ce qu'Antonio Gramsci décrit comme une dialectique de la force coercitive et du consentement à l'autorité⁶. Notre analyse porte, plus spécifiquement, sur trois points.

Nous cherchons tout d'abord à rendre compte de la « base interactionnelle⁷ » de l'ordre juridique. D'une part, cela soulève la question de l'autorité du droit. Nous soutenons que le droit positif est revêtu de l'autorité lorsque les règles juridiques trouvent à s'appliquer, dans la majorité des cas, parce que les individus en font

⁴ Nous ne souscrivons pas à la conception de l'« autorité du droit » développée par Joseph Raz, ni à l'idée que l'utilisation de la notion d'autorité doit accorder une priorité (la paternité) à Raz. Une partie non-négligeable de la philosophie du droit anglo-américaine de la fin du XX^e siècle cherche, sous l'influence de Raz, à dégager une conception de la légitimité du droit qui serait rationnellement démontrable (J. RAZ, « Authority, Law, and Morality », *The Monist*, 1985, vol. 68, p. 295-324), ce qui permettrait de dépasser la simple légitimité *de facto* du droit comprise, et de rendre intelligible la légitimité comme titre légitime objectif à exercer l'autorité au sein d'un groupe et édicter le droit (une légitimité *de jure*) : J. RAZ, « Legitimate Authority », *The Authority of Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2009 [1979], p. 3-4, 19. Leslie Green veut ainsi dépasser la conception « wébérienne » (*sic.*) de l'autorité *de facto* : L. GREEN, *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 1, 18-19. Nous rejetons ce projet qui caricature l'usage wébérien des idéaux-types dans l'analyse des phénomènes de domination (v. not. M. WEBER, *La domination*, trad. fr. I. KALINOWSKI, Paris, La découverte, 2013, spéc. p. 49-52, p. 58-60). Nous traiterons ailleurs, dans une étude distincte, de notre insatisfaction avec la conception razienne de l'autorité. Cela ne constitue nullement une inattention aux travaux de Raz auxquels nous avons consacré de l'attention : G. BLIGH, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », *Droit & Philosophie*, n° 9-2 – Joseph Raz, 2018, http://droitphilosophie.com/upload/files/pdf/dp9-2_ebook.pdf.

⁵ Une première version de l'étude générale couvrant les deux textes était moins décidée sur ce point. Nous avons une dette de gratitude envers Benjamin LECOQ-PUJADE qui nous a aidé clarifier notre propos.

⁶ A. GRAMSCI, *Selections From the Prison Notebooks*, éd. et trad. Q. HOARE et G. NOWELL SMITH, New York, International Publishers, 1971, p. 170.

⁷ Ainsi que nous proposons de l'appeler. À l'idée de « relation » ou de « rapport », nous préférons, pour la présente étude, celle d'« interaction » employée par Lon Fuller pour exprimer l'enchevêtrement de l'autorité du droit, de sa moralité, et de ses bases sociales : L.L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *American Journal of Jurisprudence*, 1969, vol. 14, p. 1-36 [v. la trad. fr. M. LAPORTE, dans le présent dossier].

usage de leur propre initiative pour guider leurs conduites⁸. La menace de la sanction joue alors sans doute une fonction latente dans la production de cette obéissance spontanée au droit, mais ne la motive pas directement. C'est lorsque se délite l'autorité du droit que la sanction vient jouer un rôle plus central dans la motivation de l'obéissance pour une majorité d'individus. Se révèle alors la faiblesse réelle des mécanismes coercitifs comme moyens d'obtention de la conformité au droit⁹. En effet, la question de l'autorité du droit est étroitement liée au mystère de la servitude volontaire, c'est-à-dire à la question de la dépendance structurelle d'une classe dirigeante à l'égard du peuple qu'elle gouverne¹⁰.

L'hypothèse de cet article est la suivante : l'autorité du droit ne doit pas être traitée comme un problème extra-juridique. Il s'agit au contraire d'identifier les contraintes spécifiques qu'une modélisation rigoureuse de l'ordre juridique, compris comme un ensemble de règles, peut faire peser sur notre compréhension du *rapport politique entre gouvernants et gouvernés*. C'est cette question qui sous-tend la fonction – irréductiblement variable – qu'il faut attribuer à la sanction dans la définition du droit et de son autorité. Par souci de clarté dans le propos, (i) nous emploierons ici le terme « gouvernants » pour désigner un groupe de personnes occupant une position socialement dominante et concentrant la capacité de prise de décision collective et d'exercice de la force coercitive – dès lors que ce groupe dispose des moyens de traduire ses décisions en droit positif. Par symétrie, le terme « gouvernés » renverra à la portion du corps social qui, dans une position subordonnée, doit obéir aux décisions collectives et se plier aux mesures de contrainte édictées par les membres du groupe dominant – que ce soit volontairement ou non. (ii) Ainsi, nous espérons saisir la notion plus fuyante de « classe dirigeante » d'une manière qui peut être pertinente pour une théorie de l'ordre juridique. Nous ne nous intéressons donc pas simplement à la notion

⁸ Nous nous appuyons ici sur les éléments communs ressortant de la lecture d'A. KOJEVE (*La notion de l'autorité*, éd. scient. F. TERRE, Paris, Gallimard, « Tel », 2004, p. 57-61) et de H. ARENDT (« Qu'est-ce que l'autorité », trad. fr. M.-C. BROSSOLLET et H. PONS, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972 [1954], p. 123). La relation d'autorité est telle que l'obéissance ne résulte pas de la contrainte extérieure imposée par celui qui aurait, tout de même, le pouvoir de l'exercer. Il n'est pas nécessaire pour la partie dominante de faire directement usage de la force car la partie dominée renonce spontanément à la possibilité de s'opposer à sa volonté. L'exercice de la contrainte physique ne structure donc pas la relation d'autorité, mais intervient occasionnellement pour surmonter les résistances. En dernière analyse, l'autorité de la partie dominante (ou son titre à être en position d'autorité) est reconnue par la partie dominée. Sur ce point, nous avons tiré profit de la lecture de B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Paris, Dalloz, 2021, p. 7-14.

⁹ Le juriste ne peut décidément se passer d'A. GRAMSCI, *Selections From the Prison Notebooks*, op. cit. : le droit ne cesse d'être l'« armure coercitive » de la domination hégémonique (p. 259-263) que dans le cas d'une « crise de l'autorité » (p. 305) qui révélera au grand jour l'État comme capacité de domination par la violence dont il n'a pas besoin de faire usage en temps normal.

¹⁰ Sur laquelle insiste notamment D. HUME, « Of the First Principles of Government » [1741], *Selected Essays*, O.U.P., 1998, p. 24-25. C'est par le truchement de cet essai que ce thème classique apparaît dans certains classiques de la pensée juridique anglo-américaine.

restrictive de « gouvernement » en droit constitutionnel. (iii) Nous ne soulèverons pas, dans cette étude, la distinction entre la mesure d'édition de la sanction autorisant le recours à la force coercitive en cas de violation du droit positif (par exemple, la décision du juge ordonnant l'emprisonnement du criminel, ou l'expulsion du locataire) et la mesure d'exécution matérielle de la sanction, c'est-à-dire de mise en œuvre directe de la force coercitive elle-même (par exemple, les mesures de police judiciaire à la suite du procès pénal, ou de police administrative pour procéder à l'expulsion par la contrainte). Si la sanction est elle-même une *norme* qui repose en premier lieu sur un mécanisme autoritaire et non coercitif (dans la majorité des cas l'individu se soumet spontanément à la décision du juge), son édition suppose que la règle juridique en question a déjà été violée – délibérément ou non¹¹. L'autorité de la sanction (l'obéissance spontanée à celle-ci) en cas de violation d'une règle de droit positif (sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures d'exécution matérielles dans la majorité des cas) n'est concevable que dans le contexte où la violation de la règle est un phénomène marginal et où la sanction ne constitue pas la motivation principale de l'obéissance au droit.

Il se dégagera en creux de cette étude une certaine analyse de la modération de l'exercice du pouvoir. L'un des enjeux de la prise de conscience de la base interactionnelle de l'ordre juridique est la remise en cause de l'importance à accorder aux garanties juridiques des « droits fondamentaux » dans la marge de liberté qu'un peuple est capable d'imposer à ses gouvernants. Si l'autorité du droit est intrinsèquement liée à l'obéissance spontanée des individus, les gouvernants – qui ne disposent pas de capacités de contrainte illimitées – devront demeurer attentifs à ne pas enfreindre les valeurs auxquelles adhèrent leurs gouvernés. Dans une société libre, il s'agira souvent de valeurs de liberté. Nous soutenons que cela constitue l'élément central contraignant une classe dirigeante à la modération dans l'exercice du pouvoir dont elle dispose. En dernière analyse, ce n'est pas *principalement* par des protections juridiques qu'un peuple garantit sa liberté, de même qu'un peuple qui n'adhère pas à des valeurs de liberté ne pourra pas accéder à celle-ci par de simples mesures de droit positif.

Pour traiter ces questions, nous examinons les pistes de réflexion que nous trouvons dans les travaux de trois auteurs se revendiquant du positivisme juridique – Kelsen, Austin et Hart – auxquels nous avons déjà consacré une attention

¹¹ En d'autres termes, l'autorité de chose de chose jugée présuppose à nos yeux un contexte dans lequel est reconnue l'autorité de la règle générale mobilisée dans le jugement. De nouveau, nous remercions Benjamin LECOQ-PUJADE d'avoir attiré notre attention sur ce point. Kojève est utile ici : là où la simple *intention* du législateur suffit à encadrer le comportement de l'individu lorsque la Loi est pourvue d'autorité, la sentence du juge est déjà une *volonté d'agir* qui est parfois suivie, lorsque cela est nécessaire, *d'actes* (des mesures de police) selon que cette volonté suffit en elle-même à s'imposer à l'individu ou non. A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, « Tel », p. 106-107.

soutenue¹². Chacun, à sa manière, propose une modélisation intéressante de l'ordre juridique et se trouve confronté à la tension entre les rapports de l'individu aux règles positives et les rapports du gouverné aux gouvernants. Malgré les solutions ingénieuses développées par Hans Kelsen (1881-1973), les problèmes de la base interactionnelle se révèlent comme un angle mort de sa théorie qu'il ne parvient pas à évincer (I). Le traitement de l'ordre juridique comme système de normes institutionnellement sanctionnées n'est pas accompagné d'un traitement du rapport politique de domination. Dans le monde anglo-américain, John Austin (1790-1859) accorde également une place centrale à la sanction juridique, mais fonde une approche qui place le rapport politique entre « souverain » et « sujets » au cœur de la compréhension du droit. Nous trouvons ici un point de départ, à nos yeux fertile (II). Cependant, son analyse de la normativité du droit est très défailante. Nous corrigeons les thèses d'Austin à la lumière des critiques décisives de Herbert Hart (1907-1992) qui parvient à conserver les intuitions austiniennes quant à la base interactionnelle de l'ordre juridique, tout en rendant compte de celui-ci comme un ensemble de règles et non comme un ensemble de commandements (III). Il parvient notamment à proposer une solution intéressante pour maintenir en parallèle la question du rapport de l'individu aux règles valides de l'ordre juridique et celle des rapports des gouvernés aux gouvernants.

Cet article ne constitue que la première partie d'une étude plus importante consacrée à l'autorité du droit. Notre but est ici de parvenir à un traitement *cohérent* dans un cadre positiviste. Il nous semble que la piste hartienne, informée par l'intuition de John Austin, est préférable à la piste kelsénienne grevée par de trop nombreuses difficultés. Cependant, nous insisterons ensuite, dans un second travail, sur un angle mort de la philosophie de Hart qui nous contraindra à reconsidérer le débat qui l'a opposé à Lon Fuller sous un jour nouveau afin de prendre au sérieux certaines pistes de réflexion proposées par Fuller¹³.

I.- Insaisissable relation entre gouvernants et gouvernés dans la pensée de Kelsen

Hans Kelsen est un auteur particulièrement intéressant parce qu'il propose une théorie qui s'avère, par-delà l'apparence de cohérence formelle dont elle est revêtue, d'une grande hétérogénéité. Il concède à ses critiques innomés des éléments qui ruinent à nos yeux sa démarche, éléments qu'il répartit à longueur d'ouvrage de telle sorte qu'ils peuvent sembler se tisser sans difficulté dans le maillage logique de son propos. Toute la difficulté tient à ce que Kelsen entend

¹² Nous nous permettons de renvoyer, par ex., à G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H. L. A. Hart*, Bayonne, Varenne-L.G.D.J., 2017, spéc. p. 287-413 ; *id.*, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », *Droit & Philosophie*, art. cité.

¹³ L'article paraîtra dans G. BLIGH et N. SILD (dir.), *Actualité du droit naturel. De la vitalité des doctrines à l'impensé du droit positif*, Paris, Mare et Martin, à paraître.

évacuer le problème de l'autorité du droit et du rapport entre les gouvernants et les gouvernés au bénéfice d'une analyse logicienne de l'ordre juridique. Il n'y parvient pas, sans pour autant prendre ces questions à bras-le-corps, qui demeurent ainsi des angles morts de sa théorie. Nous nous concentrerons ici sur deux problèmes.

A. L'obéissance et la contrainte. Impossible évacuation de la question de l'autorité du droit

Premièrement, l'ordre juridique est un « ordre de contrainte »¹⁴. L'« obligation juridique » est, quant-à-elle, « essentiellement » liée à la sanction qui s'applique en cas de violation d'une norme valide¹⁵, la sanction étant définie comme un acte de contrainte qui s'applique contre la volonté de celui qui en est l'objet¹⁶. Contrainte et sanction sont étroitement liées dans cette conception. Qui plus est, les normes prescrivant aux sujets de droit les comportements que l'ordre juridique souhaite leur faire adopter ne sont, selon Kelsen, que des « normes secondaires ». Elles ne font que stipuler la condition d'application par les organes de l'État de la sanction prévue par une « norme primaire »¹⁷. Il n'est possible de parler d'une obligation juridique de l'individu que si la norme secondaire se double d'une norme primaire.

Cependant, le maître de Vienne n'affirme pas que l'individu obéisse à la norme, dans la plupart des cas, par simple crainte de la sanction, ni que ce soit le ressort ordinaire du droit que de devoir obtenir la conformité des conduites par la contrainte. Il est attentif, par exemple, à la « contrainte psychique » latente qu'exerce tout ordre normatif sur les individus qui suffit à motiver une conduite conforme même en l'absence d'actes de contrainte¹⁸. Le droit comme ordre de contrainte est donc sous-tendu par la sanction qui ne trouve qu'occasionnellement à s'appliquer lorsque la norme rencontre une résistance. On trouve ainsi une

¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1999 [1962], p. 41 [ci-après cité *TPD*] ; *id.*, *General Theory of Law and State*, trad. ang. A. WEDBERD, Cambridge (Mass.), H.U.P., 1945, p. 18 [ci-après cité *GTLS*]. Et ce dès ses premiers écrits. Voir, par ex., *id.*, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, p. 572. Ce n'est pas ici le lieu d'étudier l'évolution progressive des thèses de Kelsen. Nous proposons quelques pistes sur la question dans : *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, *op. cit.*, p. 439-441 ; *id.*, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », art. cité, p. 69 (consulté 15/08/21). Voir surtout les travaux de Stanley Paulson qui insiste sur la transformation des thèses kelseniennes là où d'autres insistent sur leur cohérence d'ensemble. Pour un point d'entrée : S.L. PAULSON, « Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 153-166.

¹⁵ *TPD*, p. 124. V. ég. *GTLS*, p. 29.

¹⁶ *TPD*, p. 34. Le droit organise et s'attribue le monopole de l'usage de la force par les agents de l'État : *GTLS*, p. 21.

¹⁷ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 573-575 ; *GTLS*, p. 60-61 ; *id.*, *Théorie pure du droit*, 1^e éd., trad. fr. H. THEVENAZ, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 62-64.

¹⁸ *TPD*, p. 42-43 ; *GTLS*, p. 23-24.

tension intéressante qui se joue entre la place centrale qu'accorde Kelsen à la contrainte – ou à la sanction de la norme comprise comme contrainte – dans l'analyse du concept de droit, et le rôle relatif qu'il reconnaît à la sanction dans l'opération quotidienne de l'ordre juridique.

Il est probable que le problème n'a nullement échappé Kelsen (il ne prétend pas faire une théorie du « droit pur ») qui n'en traite pas pour des raisons méthodologiques¹⁹. En effet, il vise la « pureté » d'un système de connaissance du droit qui parviendrait à ne saisir que « le droit seul » en rejetant au-dehors de son analyse tout élément qui n'entrerait pas dans le champ de son objet d'étude bien compris (le droit conçu comme un ensemble de normes unies par une même validité intrasystémique)²⁰. Toutes questions pouvant mobiliser, soit une analyse empirique du droit (la sociologie juridique), soit une autre forme d'analyse normative du droit (la morale ou la métaphysique), sont alors évincées hors de l'objet d'étude du juriste²¹. La difficulté que soulève cependant cette démarche est qu'il ne renonce pas à soulever des éléments qui ne sont rien d'autre que des aspects de la relation entre gouvernants et gouvernés. Or, une théorie « pure » doit renoncer à incorporer l'ensemble de ces éléments si elle doit demeurer fidèle à ses postulats. Tout le problème est alors que Kelsen n'est pas rationnellement *autorisé* à traiter les problèmes passionnants dont sa théorie esquisse pourtant, en filigrane, les contours.

Ainsi, il est ainsi symptomatique que le maître de Vienne n'exprime pas les questions relatives à l'obéissance ou la désobéissance comme des questions de rapports d'autorité entre ceux qui édictent les normes et ceux qui en sont les destinataires. Ses raisonnements mobilisent la figure du « sujet de droit » qui obéit (ou désobéit) « à la norme »²². Mais la simple formulation abstraite de la question ne suffit pas méthodologiquement à évacuer cette question politique qu'il décide de retenir dans son objet d'étude. De manière comparable, Kelsen essaie d'imposer une ligne de démarcation entre les « conflits d'intérêts », qui relèvent de facteurs *objectivement* constatables, et les conflits de valeurs qui relèvent de jugements

¹⁹ Il propose, non une théorie du « droit pur » de toute dimension politique, mais une « pure théorie » du droit positif : H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, 1992, n° 22, 1992, p. 560. Il faut donc éviter de faire ici un faux procès à Kelsen.

²⁰ H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1934, vol. 41, p. 183.

²¹ *Ibid.*, p. 184 et 188.

²² *TPD*, p. 79, 124 ; *GTLS*, p. 39-40. L'individu réapparaît lorsqu'il s'agit de traiter, non du gouverné soumis au gouvernant, mais du contexte dépolitisé de la personne assurant une fonction au sein d'une structure bureaucratique : *TPD*, p. 159-160. L'individu peut alors prendre place sans mettre en péril la pureté de l'analyse. Mais gare à la pureté si le « sujet de droit » devient un *individu obéissant* aux règles édictées par d'autres individus.

subjectifs qui ne peuvent faire l'objet d'aucune connaissance objective²³. Cela permet, à ses yeux, de traiter la prétention idéologique de l'État à représenter l'intérêt général, car il est possible de dévoiler derrière cette prétention un conflit d'intérêts²⁴ – notion qu'il peut appréhender dans le cadre de la théorie pure – écartant le conflit latent de valeurs entre gouvernants et gouvernés²⁵. Ce simple choix sémantique ne suffit pas méthodologiquement à évacuer cette question politique fondamentale, car il faut mettre en lien cette considération avec d'autres problèmes soulevés ailleurs, tel celui de l'obéissance du « sujet de droit » à la norme qui n'est pas principalement motivée par la sanction. La difficulté à surmonter devient alors considérable car Kelsen ne peut empêcher ces divers éléments d'interagir les uns avec les autres. Par exemple, sans doute la prétention idéologique de l'État à représenter l'intérêt général joue-t-elle un rôle dans le fait que le même État n'a pas besoin de reposer sur la sanction dans chaque situation pour obtenir l'obéissance. Il apparaîtrait très clairement à nos yeux qu'il traite en réalité du rapport d'autorité entre gouvernants et gouvernés.

B. La fonction insaisissable de l'efficacité « en gros et en général » d'un ordre valide

Cela nous amène au principal point de tension de l'œuvre de Kelsen telle que nous la lisons. Le Maître de Vienne soutient, c'est sans doute l'une de ses thèses les plus radicales, que la validité intrasystémique est le mode d'« existence spécifique » de la norme²⁶. Or, il affirme par ailleurs qu'un ordre normatif n'est valide que s'il est *efficace* « en gros et de façon générale »²⁷. Voici le point névralgique de tout le système : d'un côté, la validité d'une norme comprise comme une caractéristique intrasystémique ne peut pas être la conséquence de son efficacité ; or, Kelsen affirme, de l'autre, que l'ordre juridique cesse d'être valide – cesse d'exister, donc – lorsqu'il perd son efficacité au-delà d'un certain point²⁸. Cherchant à tenir à distance tant l'analyse sociologique que la philosophie morale, l'enjeu pour sa conception de la science du droit est de comprendre le droit comme un ensemble de normes pouvant être connues et décrites comme le contenu objectif d'un ordre juridique (un contenu strictement relatif à cet ordre juridique). Il n'est donc pas question pour Kelsen de soutenir que les normes existent tels (ou dans) les faits, ni que la connaissance du droit repose sur sa qualité morale.

²³ H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », art. cité, p. 190-191 ; *GTLS*, p. 13.

²⁴ *GTLS*, p. 185 ; *TPD*, p. 115, p. 293-295 ; *id.*, *Théorie pure du droit*, 1^{er} éd., p. 54.

²⁵ Cela est l'objet de ses travaux sur la démocratie – Kelsen soulève la question « ailleurs ». La théorie pure rend impossible le cumul des intuitions kelséniennes, car certaines de celles-ci n'ont pas vocation à valoir dans le champ de la modélisation de l'ordre juridique.

²⁶ *TPD*, p. 18 ; *GTLS*, p. 30.

²⁷ *TPD*, p. 95, p. 211 et s. ; *GTLS*, p. 119-122.

²⁸ *TPD*, p. 212-214.

D'une part, il définit la norme comme un « schème d'interprétation » qui permet de donner une *interprétation* normative – une signification juridique –, à des événements empiriques²⁹. La norme n'est donc pas elle-même un fait. D'autre part, la détermination de la conformité d'un événement (d'un comportement) à une norme relève d'un « jugement de valeur »³⁰. La norme ainsi comprise permet d'aspirer à un jugement de valeur objectif. En effet, Kelsen développe une conception de l'ordre juridique comme ordre « dynamique », c'est-à-dire dont les normes sont valides, non parce que leur *contenu* est conforme aux normes de degré supérieur (c'est ce qui le distingue de l'ordre normatif « statique » de la morale), mais parce que chacune a été *édictee* conformément à celles-ci³¹. Ainsi, reconnaître l'existence d'une norme valide, dans un ordre dynamique, c'est émettre un jugement de valeur d'après lequel la signification subjective du comportement d'un individu (donnée empirique) qui entend créer une norme, interprété au prisme des normes de degré supérieur utilisée comme schème d'interprétation, est également sa « signification objective » au regard de l'ordre juridique³². Kelsen peut donc proposer une conception de ce que peut signifier l'existence objective du droit compris comme un ensemble de normes dont on n'a pas besoin de poser la question de la validité morale.

Cependant, le problème demeure pour lui de savoir comment *garantir* l'objectivité des jugements de valeur. Plus spécifiquement, il est confronté au problème de la validité de la constitution (historiquement première) qui n'a pas été édictee conformément à une autre norme valide de l'ordre juridique. Il paraît donc impossible d'indiquer une norme de l'ordre juridique qui puisse servir de schéma d'interprétation pour accorder une signification juridique objective à l'acte constituant. Or, l'acte d'édition d'une constitution se réduirait à la signification subjective de ceux qui ont pu l'imposer. Partant, la norme suprême elle-même ne pourrait plus servir de schéma d'interprétation pour les actes de création des normes inférieures (la loi, mettons), le problème se répétant pour l'ensemble des normes de degré inférieur. La validité, c'est-à-dire *l'existence*, de l'ordre juridique disparaîtrait pour n'être remplacé que par un ensemble d'actes de volonté. Kelsen soutient d'ailleurs clairement qu'il est tout à fait possible de refuser de voir dans le droit une réalité normative, et de n'y voir qu'un agrégat de relations de force³³. La solution, pour Kelsen, est de faire l'hypothèse logique d'une « norme fondamentale » – dont le contenu est « on doit se conduire comme la constitution le prévoit » – qui permet de fonder la validité de l'ordre, en reconnaissant la

²⁹ *TPD*, p. 12.

³⁰ *TPD*, p. 27-31 ; *GTLS*, p. 41-43, 48-49.

³¹ Voir *TPD*, p. 196.

³² *TPD*, p. 16.

³³ *GTLS*, p. 413. Ou, à défaut d'aller aussi loin, il est possible de refuser toute interprétation normative des faits, pour se limiter à une interprétation « sociologique » qui se contente de décrire les relations de force organisée entre acteurs juridiques : *TPD*, p. 221.

signification subjective des actes créateurs de normes (tant ceux de l'autorité constituante que ceux réalisés conformément à la constitution) comme leur signification objective également³⁴.

Cette hypothèse de la norme fondamentale constitue le point d'articulation crucial entre la validité et l'efficacité de l'ordre juridique. Certes, à première lecture, elle a simplement pour fonction d'assurer la clôture logique de la validité intrasystémique³⁵. La validité étant précisément l'existence de la norme, la norme fondamentale répond aux conditions de connaissance d'un ordre juridique qui existe de toute manière. Cependant, faire l'hypothèse de la norme fondamentale n'a de pertinence que pour un ordre de contrainte qui se trouve être, de fait, efficace « en gros et en général »³⁶. Kelsen est sans doute très maladroit lorsqu'il dit que l'ordre juridique qui cesse d'être efficace *perd* sa validité³⁷, car il ne postule une norme fondamentale que pour garantir la signification juridique d'un ordre dont il connaît *déjà* l'efficacité³⁸. Il ne part pas de l'ordre juridique pour interroger son efficacité, mais part de la reconnaissance de l'exercice d'un pouvoir *de facto* que la norme fondamentale convertit en un pouvoir *de jure*³⁹. Kelsen ne postule donc la norme fondamentale que dans des contextes dans lesquels la juridicité ne fait, en réalité, aucun doute – car le manque d'efficacité générale priverait autrement de toute pertinence l'hypothèse de la norme fondamentale⁴⁰. Les rouages de l'efficacité « en gros et en général », que d'autres situent dans le rapport de force entre gouvernants et gouvernés, sont rendus invisibles par le bouclage logique du schème d'interprétation, qui se trouve en réalité sous-tendu par un raisonnement qui, de manière circulaire, conclut dans des directions opposées de la validité à l'efficacité – et *vice versa*.

Or, souvenons-nous que (i) Kelsen a déjà admis que, bien que le droit soit un ordre de contrainte, les sanctions prévues par les normes valides sous-tendent l'ordre juridique et n'expliquent pas la conformité des conduites dans l'écrasante

³⁴ TPD, p. 202-203. Nous n'entrons pas ici dans le statut de la norme fondamentale qui, à la différence des autres normes de l'ordre juridique, ne relève pas d'un acte de volonté mais d'un acte de connaissance.

³⁵ Il s'agit de pouvoir présenter l'ordre juridique étatique comme un « système harmonieux et clos » afin de garantir la possibilité de s'en servir comme schéma d'interprétation : H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 577.

³⁶ TPD, p. 215.

³⁷ TPD, p. 212.

³⁸ La norme fondamentale vise ainsi à couvrir le plus grand nombre possible de données sociales empiriques afin de leur conférer une signification juridique. Voir GTLS, p. 436-437. De manière intéressante, Kelsen parlait, dans l'un des premiers exposés en langue française de ses thèses, non de la seule norme comme schéma d'interprétation, mais de l'ordre juridique (étatique) dans son entier : H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 570.

³⁹ GTLS, p. 437.

⁴⁰ Hart qualifie pour cette raison de « doublon inutile » l'hypothèse kelsénienne : CL, p. 293 (n. p. 100 pt.3).

majorité des cas. (ii) Le voici à présent qui subordonne l'hypothèse de la norme fondamentale à l'existence d'une *situation sociale empirique* de domination, dans laquelle les actes de volonté des membres d'un groupe sont effectivement suivis par ceux d'un autre groupe. Il nous apparaît ainsi, à la suite d'une lecture attentive, que là où Kelsen souhaite parler de validité, d'efficacité et de sanctions, son propos véritable porte, d'une part, sur la stabilisation des rapports sociaux entre gouvernants et gouvernés – sans laquelle l'hypothèse de la norme fondamentale n'a simplement aucune pertinence –, et, d'autre part, sur l'obéissance spontanée des gouvernés aux normes – sans laquelle la normativité du droit serait remplacée par la question empirique de la crainte de l'acte de contrainte qui deviendrait la seule motivation de toute conduite conforme. Ces questions demeurent largement des angles morts de son système de pensée.

Il aurait été sans doute fertile de soutenir que les normes juridiques d'un ordre efficace, comprises comme les « jugements de valeur⁴¹ » plaqués sur la réalité empirique, exprimaient l'adhésion *de facto* des sujets de droit. Cela aurait permis d'insister sur le fait que l'efficacité de l'ordre « en gros et en général » est constituée, d'une manière ou d'une autre, par la coopération spontanée des sujets de droit avec les normes. Kelsen est cependant clair à ce sujet : la norme fondamentale est une hypothèse qui relève du champ cognitif de la science du droit et non du rapport pratique des acteurs à l'ordre juridique⁴². Ce n'est nullement l'hypothèse du particulier qui adopte pour valeurs personnelles les normes de l'ordre juridique auxquelles il se soumet⁴³.

Pour conclure cette première partie, nous insistons sur le fait que nous n'avons pas prétendu que Kelsen soit coupable d'avoir voulu dépolitiser le droit positif. Cette lecture entend montrer que bien qu'il ait souhaité exclure le rapport d'autorité entre gouvernants et gouvernés de son objet d'étude, conformément à la théorie pure, il *ne peut se défaire* de cette question qui refait irruption au détour de ses raisonnements sans qu'il ne soit autorisé à la nommer ni qu'il ait les moyens

⁴¹ *TPD*, p. 31 ; *GTLS*, p. 48-49.

⁴² Il se concentre sur l'activité cognitive de la science du droit qui émet à cet endroit un « jugement hypothétique » (H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », art. cité, p. 193-195) qui garantit, non l'adhésion, mais l'unité de la « connaissance normative » (*id.*, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 584).

⁴³ Il se pourrait que nous trouvions des pistes plus fertiles lorsqu'il soutient, à la fin de sa vie, que la norme fondamentale est une fiction pratique des acteurs de l'ordre juridique qui présupposent une norme d'une autorité imaginaire lorsqu'ils attribuent une signification juridique à des actes de coercition : H. KELSEN, « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review*, 1966, vol. 1, p. 6 ; *id.*, *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. BEAUD et F. MALKANI, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1996 [posth.], p. 345. Elle n'est alors plus une hypothèse de la science du droit. Cependant, nous avons l'impression que ce n'est pas sans grande déformation que l'on pourrait interpréter cette évolution comme une prise en compte du soubassement autoritaire du droit – à savoir la coopération spontanée des gouvernés avec le droit édicté par les gouvernants. Il faudrait consacrer une étude à cette question spécifique.

de la traiter. Un constat s'impose alors : pas même les efforts de l'auteur de la *Reine Rechtslehre* ne parviennent à évincer efficacement le problème de l'autorité du droit d'une analyse de l'ordre juridique. Les ambiguïtés de la position de Kelsen sont cependant salvatrices. Le grand apport de cette lecture est, précisément, la révélation qu'il n'est pas possible d'évincer la question de la base interactionnelle de l'ordre juridique. Nous nous estimons dès lors libéré du projet kelsénien lui-même⁴⁴. Nous nous consacrerons alors dans ce qui suit à des auteurs qui saisissent à bras-le-corps le problème de la base interactionnelle de l'ordre juridique dans le cadre d'une conception positiviste du droit.

II.- Une conception interactionnelle du droit dans la pensée de John Austin

Partant du constat que nous venons de dresser, nous nous tournons à présent vers une autre tradition de pensée, fondée par le positiviste juridique du XIX^e siècle John Austin⁴⁵, qui place la relation d'autorité du gouvernant sur les gouvernés au cœur de sa conception de l'ordre juridique. Cette conception du droit et de la souveraineté a fait l'objet d'une critique célèbre, au milieu du XX^e siècle, par le juriste oxonien H. L. A. Hart⁴⁶. Elle n'est donc plus considérée en elle-même, aujourd'hui, comme une modélisation convaincante de l'ordre juridique. Cependant, nous émettons l'hypothèse que, bien que la distinction hartienne des règles primaires et secondaires apporte des corrections fondamentales (et nécessaires) au système d'Austin, la place centrale que le juriste d'Oxford continue d'accorder aux *bases sociales* de l'ordre juridique, notamment la relation entre gouvernants et gouvernés, montre que sa théorie du droit reste fortement influencée par son prédécesseur.

A. Le rapport entre souverain et sujets au fondement de l'ordre juridique

On retrouve chez John Austin l'association étroite de la force obligatoire du droit et de la sanction encourue en cas de désobéissance⁴⁷. Cependant, Austin ne parle pas de désobéissance abstraite à la norme, mais du « commandement du souverain », la règle juridique étant définie dans son système comme un type

⁴⁴ Nous expliquerons ailleurs pourquoi la tentative raziennne pour surmonter les difficultés du projet kelsénien échoue également.

⁴⁵ À qui l'on doit, notamment, l'une des formulations canoniques de la tâche de la science du droit comme distinction du droit tel qu'il est et du droit tel qu'il devrait être : J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, C.U.P., 1995 [1832, 1885] [ci-après cité : *PJD*], Lecture V, p. 157 : « *The existence of law is one thing ; its merit or demerit is another* ». Comp. *passim*. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, (Préf.) p. 7-8.

⁴⁶ V. *infra*. *Le Concept de droit* (1961) s'ouvre sur une longue discussion critique de la thèse du droit comme commandement assorti de sanctions (chaps. 2-3) et de la souveraineté appuyée sur une habitude d'obéissance des sujets (chap. 4).

⁴⁷ *PJD*, I, p. 23.

spécifique de commandement assorti de sanctions émis par le souverain⁴⁸. Ce dernier (qui peut être une entité individuelle ou collective) est dans une relation de verticalité avec ses sujets⁴⁹. En effet, le souverain est identifié par le fait que l'écrasante majorité de la population a une « habitude d'obéissance » à ses commandements (souveraineté interne), et qu'il n'a lui-même aucune habitude d'obéissance envers autrui (souveraineté externe)⁵⁰. Il est ainsi le « supérieur commun⁵¹ » exerçant son autorité sur une « société politique indépendante⁵² ». La définition du droit emprunte donc les termes d'une relation entre gouvernants et gouvernés – la souveraineté étant comprise comme résultant d'une habitude d'obéissance et la règle juridique étant comprise comme un commandement émis par le gouvernant.

Nous trouvons ici une différence majeure avec Hans Kelsen pour lequel chaque acte de création du droit est *autorisé* par l'ordre juridique⁵³. L'existence de la norme – sa validité – dépend de l'habilitation de l'autorité créatrice de la norme et de la régularité de l'acte de création normative au regard de la norme supérieure. Une telle conception de la validité n'est pas envisageable dans une perspective austinienne qui se refuse à distinguer le pouvoir *de facto* et le pouvoir *de jure* du souverain⁵⁴, car sa capacité à imposer en fait sa volonté à un groupe qui veut bien s'y soumettre est constitutive de son pouvoir de dire le droit. On se pose ainsi seulement la question de savoir si une personne ou une entité collective est – ou

⁴⁸ *PJD*, I, p. 21-24. On constate à cet endroit l'influence de J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, Cambridge, C.U.P., 1988 [1776], (I, § 12, n. o) p. 41 ; *id.*, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon press, 1996 [1789], (concl. § 3) p. 302. La conception du souverain comme législateur et du droit positif comme volonté du souverain révèle, bien entendu, l'influence plus fondamentale de T. HOBBS, *Leviathan*, Oxford, O.U.P., (XXVI § 3-7), p. 176-177. Voir not. *PJD*, VI, p. 165.

⁴⁹ Ou de stricte « supériorité » : *PJD*, I, p. 29-30 ; VI, p. 285.

⁵⁰ *PJD*, VI, p. 166. De nouveau, comp. J. Bentham, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, (I, § 10-12) p. 40 ; *id.*, *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press, 1970 [1782, manuscrit non-publié], (II, § 1) p. 18.

⁵¹ *PJD*, VI, p. 166.

⁵² Cette notion est ainsi le pendant logique du concept de souveraineté : *PJD*, V, p. 116-117. L'indépendance politique du groupe social correspond à leur soumission à un supérieur commun qui n'est, à son tour soumis à nul autre.

⁵³ *GTLS*, p. 31. Kelsen s'oppose expressément à Austin sur ce point. Hart s'oppose également à l'idée austinienne du droit comme commandement pour une raison très différente : cela ne permet pas de rendre compte de l'ordre juridique comme ensemble de règles si l'on adopte le point de vue des destinataires des règles qui n'orientent pas leurs conduites avec des règles de la même manière qu'avec des règles : *CL*, chap. 1 & 2. Hart s'oppose cependant à Kelsen sur l'idée que la validité soit le mode d'existence spécifique de la norme : note *infra*.

⁵⁴ *PJD*, VI, p. 282. On trouve une trace de cette idée dans la conception hartienne de la « règle de reconnaissance » qui définit les critères de validité intrasystémique de toutes les règles de l'ordre juridique, mais qui n'est pas analysable comme valide ni comme non-valide : *CL*, p. 109. Elle existe comme forme de pratique sociale complexe des acteurs de l'ordre juridique.

n'est pas – souveraine dans une société politique indépendante. On ne saurait donc concevoir aucune forme de limite juridique du pouvoir du souverain⁵⁵.

Un normativiste chagrin objecterait nul doute que, quand bien même on analyserait la norme juridique comme un commandement, celui-ci ne peut compter comme juridique aux yeux de ses destinataires – ne peut avoir la valeur d'une norme juridique – que dès lors qu'il est autorisé⁵⁶. L'idée même de juridicité présupposerait celle de validité intrasystémique. Si cela est sans doute exact pour ce qui concerne un examen formel, l'analyse d'Austin a néanmoins pour vertu de nous rendre attentif au fait qu'un groupe dominé ne trouvera aucun secours dans le formalisme du droit si ceux qui disposent du pouvoir de gouverner sont simplement en mesure d'imposer des mesures officielles qui leur paraissent abusives. Cela a des implications particulièrement graves, notamment, concernant les droits que l'on appelle volontiers « fondamentaux ». Ils ne constituent une forme de protection que dès lors que l'on se situe *déjà* dans un contexte de modération dans l'exercice du pouvoir (qui respecte spontanément ces droits fondamentaux ainsi que les décisions de justice qui s'y rapportent). Elles ne se révéleront être qu'une protection de papier dans les contextes où le groupe dominant souhaite et parvient à s'affranchir de telles limites dans l'édiction de mesures portant le sceau officiel de l'État souverain. Ce contexte de modération dans l'exercice du pouvoir, qui seul protège les individus, ne résulte pas d'une concession vertueuse des gouvernants, mais – pourrait-on sans doute dire – de la nature de la relation qui s'instaure sur plusieurs générations, dans une société libre, entre gouvernants et gouvernés.

B. Un peu de lucidité sur l'État de droit

Il est intéressant de noter que Kelsen rejette également toute idée d'autolimitation du pouvoir de l'État. Tout part de la conception de l'acte valide comme acte habilité par l'ordre juridique. À la différence du souverain d'Austin, l'État du maître de Vienne n'est pas créateur du droit, mais personnification de l'ordre juridique qui encadre la création des normes juridiques⁵⁷. Il n'y a dans cette perspective aucune dualité entre l'État et le droit⁵⁸. L'acte valide et l'acte imputable à l'État sont une et même chose. La notion d'« État de droit » n'est alors rien de

⁵⁵ *PJD*, VI, p. 212 : « *Supreme power limited by positive law is a flat contradiction in terms* ». Il semble prendre ses distances à cet endroit vis-à-vis de Bentham qui admet l'idée d'une existence par degrés de l'habitude générale d'obéissance, ce qui a pour conséquence la possibilité de l'existence par degrés (et donc d'une limitation) du pouvoir de gouverner : J. Bentham, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, (I § 13) p. 42.

⁵⁶ *GTLS*, p. 31.

⁵⁷ C'est toute la particularité du droit que d'encadrer sa *propre* création : *GTLS*, p. 39 ; *TPD*, p. 78.

⁵⁸ *TPD*, p. 309.

plus qu'un « pléonasme »⁵⁹. En effet, la question de savoir si on a affaire à un acte juridique (pourvu de signification objective) ou à un simple acte matériel (seulement pourvu d'une signification subjective) dépend de la question de savoir si l'acte de celui qui prétend agir au nom de l'État agit d'une manière encadrée par la norme qui habilite l'exercice de ce pouvoir. Ainsi, l'idée même d'une norme valide contraire aux normes supérieures serait une « contradiction *in adjecto* »⁶⁰. Tout l'édifice juridique s'effondrerait s'il était impossible de déterminer *quel* acte matériel avait une signification objective au regard de la norme supérieure prise comme schéma d'interprétation⁶¹. Ce problème implique l'existence d'une forme de contrôle de régularité (dont la plus efficace est un contrôle juridictionnel) de l'exercice d'une compétence sans lequel l'idée même d'habilitation, et partant, de création normative valide, s'en trouverait évidée⁶². Il y a ici un point de tension. Malgré la radicalité de son rejet du caractère tautologique de « l'État de droit », la pensée de Kelsen reste une théorie de l'État de droit et la notion de contrôle de régularité garde une place centrale dans son analyse⁶³. L'idée d'autolimitation de l'État est peut-être creuse, certes, mais chacun des actes *des organes et des agents* n'est imputable à l'État que s'il est régulé par le droit et soumis à un contrôle de régularité⁶⁴.

Il nous semble ainsi que la théorie de Kelsen repose sur deux ambiguïtés. La première tient au fait que la question de l'autorité est révélée, en partie, à la lumière de l'ambivalence du rôle de la force comme moyen à la disposition de l'État. Or,

⁵⁹ TPD, p. 304. Kelsen, soutenant l'identité de l'État et du droit, est amené à rejeter la possibilité d'une autolimitation du pouvoir de l'État. Cette position n'est pas à confondre avec l'idée d'Austin qui distingue un souverain juridiquement illimité et le droit qu'il édicte.

⁶⁰ TPD, p. 264.

⁶¹ Or, il admet lui-même que des normes contraires aux normes supérieures peuvent survivre ou échapper au contrôle de constitutionnalité : TPD, p. 265. Prolongeant et corrigeant l'analyse kelsénienne, Michel Troper note fort justement que la décision du juge ne constate pas la régularité de l'acte, mais détermine directement, par son acte d'interprétation authentique, la signification de la norme dont il prétend faire application. Voir, not., M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » [1974], *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., 1994.

⁶² Le problème de la régularité est au cœur de sa théorie de l'État, et ce depuis ses premiers développements : H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, not. p. 198-201. C'est dans un texte de la même époque que Kelsen établit un lien direct entre le contrôle de régularité dans l'acte d'exécution de la norme générale et l'idéal démocratique qui porte sur la légitimation de la norme générale elle-même : *id.*, *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2004 [1929], p. 86-88.

⁶³ Comme dans celle des droits et libertés « constitutionnellement garantis » qui ne sont des droits subjectifs véritables que s'ils s'accompagnent du pouvoir procédural de déclencher l'action qui peut aboutir à l'annulation de l'acte : TPD, p. 148.

⁶⁴ Cela amène Kelsen dans des analyses circulaires : en l'absence d'une procédure permettant le contrôle de régularité de la loi par un organe tiers, le législateur « contrôlerait » lui-même la conformité de ses propres actes à la constitution, en exprimant sa décision de conformité par le simple fait qu'il édicte une loi... TPD, p. 268.

Kelsen a nul doute perçu, pour citer Kojève, qu'« une *théorie* de l'État (par opposition à la *pratique*) [doit faire] abstraction de la "force" »⁶⁵. Souhaitant garantir la pureté de son objet d'étude, la question de l'autorité du droit s'efface derrière celle de la validité de l'ordre juridique. L'idée que la légitimité de l'État doit s'appuyer, du moins sur le plan théorique, sur autre chose que le recours à la force, est remplacée par l'idée que les actes de l'État sont ceux d'agents autorisés. Mais alors, Kelsen ne peut échapper au fait que, malgré tous ses efforts de démythification de l'idéologie de l'État *auto-limité*, il donne, en dernière analyse, une lecture nouvelle de l'idée d'État de droit qui n'est pas moralement neutre⁶⁶. Dès lors que l'on accepte l'identité conceptuelle de l'État et du droit, le recours à la violence ne peut être autorisé que s'il est *régulièrement* imputable à l'État. Or, cela n'est nullement observable dans les faits : la clôture logique du schème d'interprétation par la norme fondamentale doit tolérer un grand nombre de pratiques étatiques irrégulières. Ou bien l'hypothèse ne s'applique, en réalité, à aucun ordre juridique connu ; ou alors, c'est notre point de vue, Kelsen propose sous couvert de rigueur conceptuelle une idéologie de l'État de droit.

Le Maître de Vienne explicite ainsi les raisons que peuvent invoquer les gouvernants pour justifier leur pouvoir, ou celles que peuvent avoir les gouvernés de se soumettre spontanément au pouvoir des gouvernants, dans un État qui s'astreint à observer, en gros et en général, les formes de la légalité⁶⁷. Il passe ainsi à côté de l'essentiel de ce dont l'analyse d'Austin permet de prendre conscience : l'interaction entre gouvernants et gouvernés que l'on trouve à la base de l'ordre juridique qui, à nos yeux, est la seule source réelle de toute limitation du pouvoir de l'État.

C. Faiblesse structurelle de la position du souverain dépendant de « l'habitude d'obéissance » de ses sujets

Austin n'a pas perdu de vue le problème de la protection de la liberté. Cependant, il ne prétend pas trouver de remède dans de quelconques mécanismes

⁶⁵ A. KOJEVE, *La notion de l'autorité*, op. cit., p. 137 (nous soulignons).

⁶⁶ À la différence, en réalité, de Joseph Raz qui développe une conception purement formelle du *rule of law* : tout ce qui relève du fonctionnement régulier des institutions relève du droit valide, ou, ne relevant pas du fonctionnement régulier des institutions, n'appartient pas à la sphère des règles juridiques valides. J. RAZ, « The Rule of Law and Its Virtues » [1977], *The Authority of Law*, Oxford, O.U.P., 2^e éd., 2009, p. 212-214. Cela ne rend pas moralement neutre la question de la régularité formelle, essentielle à l'autonomie de l'individu, mais permet de rejeter les autres idéaux périphériques (la forme démocratique du gouvernement, la garantie des droits individuels, etc.) comme extérieurs à la question de la forme régulière de l'exercice du pouvoir et du recours à la contrainte juridique. *Ibid.*, p. 224-226.

⁶⁷ Il y a ici un grand pas en arrière par rapport à Weber qui ne se contente pas d'analyser l'efficacité réelle des ordres juridiques (ce en quoi consisterait le rôle du sociologue selon Kelsen), mais rend explicitement compte de l'importance de la régularité formelle dans la *production* du consentement au sein des sociétés modernes. M. WEBER, *La domination*, trad. I. KALINOWSKI, Paris, La découverte, 2013, p. 60 sq.

juridiques – dont le souverain conserve, à ses yeux, la pleine maîtrise. Refusant de distinguer la souveraineté *de facto* et *de jure*, la question qui se pose selon John Austin est celle de l'existence, ou non, d'une habitude d'obéissance envers un supérieur commun. Or, en proposant une caractérisation tout en verticalité de la *force* du droit, il rend compte, de manière subtile à nos yeux, de la fragilité potentielle de son *autorité*.

On peut être surpris de constater une faiblesse structurelle de la position du souverain dont l'autorité repose tout entier, non sur le fait qu'il peut faire usage de la force, mais sur le fait que les destinataires de ses commandements ont l'habitude de lui obéir⁶⁸. Aussi son autorité se dissout-elle avec la disparition de cette habitude d'obéissance⁶⁹. Une fois analysée la structure de l'ordre juridique en termes de commandements du souverain, le problème véritable est celui de comprendre sur quoi repose cette habitude d'obéissance. Ainsi, malgré l'association étroite entre la force obligatoire du droit et de la sanction, Austin écrit que l'habitude d'obéissance au fondement de l'ordre juridique ne peut pas être obtenue par la contrainte, mais s'appuie sur le « consentement » des sujets à leur domination⁷⁰. Or, ce n'est que dans une société exceptionnelle composée de citoyens éclairés que ce consentement résulterait d'une évaluation critique, par une majorité d'individus, des actes et des vertus du gouvernement établi (au regard du principe d'utilité)⁷¹. Dans les sociétés réelles, c'est sur le règne de l'opinion et de l'usage que s'appuie l'habitude d'obéissance, et, plus fondamentalement, sur l'attachement à la garantie de sécurité qu'offre un gouvernement en place, même très critiquable, par rapport au risque d'instabilité et d'anarchie qui accompagne nécessairement tout bouleversement politique⁷². Nous voyons donc qu'Austin reconnaît explicitement l'existence, cruciale à nos yeux, de deux éléments qu'il introduit dans son système afin de les maintenir en tension : (1) le lien de dépendance structurel du gouvernant vis-à-vis des gouvernés, ainsi que (2) l'attachement au *statu quo* de ceux dont l'habitude d'obéissance est au fondement de l'autorité de création des règles juridiques. En d'autres termes, dès lors qu'un souverain parvient à asseoir son autorité sur un peuple, on assiste à son bénéfice au développement d'une grande inertie.

⁶⁸ Nous retrouvons là, bien entendu, la question de la servitude volontaire qui est exposée par David HUME dans son essai « Of the First Principles of Government » [1741], *Selected Essays*, O.U.P., 1998, p. 24-25.

⁶⁹ *PJD*, VI, p. 249, 283. Austin est donc amené à se poser la question de savoir à quel moment, à la suite d'épisodes de rupture politique, une personne (individuelle ou collective) cesse d'être le souverain d'une société politique indépendante, et à quel moment on peut estimer que l'on assiste à l'avènement d'un souverain nouveau. La réponse repose, dans son analyse, sur les fluctuations et la reformation du fait de l'habitude d'obéissance chez la majorité des sujets : *PJD*, VI, p. 175-177.

⁷⁰ *PJD*, VI, p. 248.

⁷¹ *PJD*, VI, p. 242-243.

⁷² *PJD*, VI, p. 244-250.

Si le souverain comprend les bases réelles de sa capacité à édicter des règles efficaces, ce n'est pas la sanction qui devra occuper son esprit mais le maintien de la *force d'inertie* dont il est le bénéficiaire. Le danger se situe, non pas dans la résistance isolée d'un individu ou d'un groupe minoritaire, mais dans l'émergence au sein de la majorité d'un ensemble d'« opinions uniformes » de désapprobation du gouvernement établi⁷³. Le souverain devra donc être attentif aux valeurs auxquelles ses sujets sont attachés, qu'il ne pourra violer qu'au risque de provoquer une résistance massive – voire une dissolution progressive de l'habitude d'obéissance de ses sujets qui est l'assise réelle de son pouvoir⁷⁴. Or, c'est ainsi qu'Austin identifie, de manière convaincante à nos yeux, les ressorts réels de la modération dans l'exercice du pouvoir : quand bien même le souverain serait juridiquement illimité, les principes de morale institutionnelle et politique, si un peuple leur voue un fort attachement, constituent un frein très important à l'exercice du pouvoir⁷⁵. Aussi les droits et libertés sont-ils toujours *juridiquement* révocables par le souverain illimité et ne sont donc jamais acquis⁷⁶. Ils ne reposent que sur l'attachement réel que lui voue le groupe social. Une garantie juridique des droits et libertés ne peut donc pallier une dégradation des mœurs politiques d'un peuple qui ne leur serait plus attaché.

Pour conclure ces développements consacrés à Austin, nous insisterons sur le fait que son propos est d'une grande ambiguïté dans son refus de distinguer la souveraineté *de facto* et *de jure*. L'intégralité du phénomène juridique semble simplement réduite par endroits à un ensemble de rapports politiques. Sans correction majeure, les thèses de *The Province of Jurisprudence Determined* n'emportent donc pas conviction. Elles ne permettent pas de saisir la nature spécifique de la domination juridique qu'Austin prétend lui-même analyser. En effet, quand bien même il existerait une institution suprême capable de s'imposer à d'autres, il faudrait identifier la source ultime de légitimité dont elle peut se revendiquer parce qu'elle la trouve en dehors d'elle-même – l'*autre* représenté au nom duquel cette institution décide en dernier ressort⁷⁷. Pour cette raison, il n'apparaît pas toujours clairement, chez Austin, si le fait d'édicter une règle de droit ne revient pas simplement à imposer un rapport de force brut. Comme pour Kelsen, cependant, nous retirons des éléments salutaires de la lecture de son

⁷³ *PJD*, VI, p. 263.

⁷⁴ *PJD*, VI, p. 263.

⁷⁵ *PJD*, VI, p. 223. Austin reprend à son compte la distinction qu'établit Bentham entre l'« inconstitutionnalité », pour les cas de violation de tels principes, et l'« illégalité » strictement comprise : *PJD*, VI, p. 214-215 ; J. BENTHAM, *Of Laws in General*, *op. cit.*, (I § 8) p. 16.

⁷⁶ Austin suit donc Bentham dans l'idée qu'un droit subjectif *positif* est essentiellement révocable de la même manière (juridique) qu'il a été adopté : J. BENTHAM, « Anarchical Fallacies », *Works of Jeremy Bentham*, Vol. II, éd. Bowring, Edimbourg, William Tait, 1843, (Art. II) p. 501 et s.

⁷⁷ Austin confond donc deux significations – politique et juridique – du concept de souveraineté pour analyser la position institutionnelle de la *Queen-in-Parliament* : A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 10^e éd., 1959, p. 27.

œuvre. Nous ne renoncerons plus à présent à l'intuition d'après laquelle le souverain occupe, non seulement une position suprême, mais également une position de dépendance. Si Austin ne rend pas compte de l'élément proprement juridique, il nous met sur la bonne voie pour rendre compte du problème de l'autorité du droit car les ambiguïtés de sa position peuvent être corrigées.

III.- L'apport de Hart. Repenser la base interactionnelle de l'ordre juridique au prisme des règles

Nous nous tournons enfin vers le juriste oxonien H. L. A. Hart qui fut contemporain de Hans Kelsen et l'un des principaux représentants du positivisme anglo-américain du ^{xx} siècle, renouvelant – et transformant – la tradition fondée par Austin et Bentham. L'enjeu pour Hart est de rendre compte adéquatement de la place des *règles* dans l'ordre juridique qu'Austin réduit aux faits sociaux (de commandements habituellement obéis), tout en résistant à Kelsen qui écarte les rapports sociaux de son analyse au profit des seules normes valides.

A. Comprendre les bases sociales de l'ordre juridique

Dès son premier commentaire d'Austin, Hart pose l'idée, encore à l'état d'ébauche, que le droit est « un système de règles au sein d'autres règles » (*rules within rules*). Il faut alors substituer, au problème austinien de l'habitude d'obéissance à un supérieur, celui de l'« acceptation générale » des règles fondamentales qui précisent comment des règles nouvelles peuvent apparaître dans l'ordre juridique⁷⁸. Hart prend conscience qu'il est impossible de rendre compte de l'existence d'une autorité proprement juridique à partir d'une simple situation de domination de fait. Aussi faut-il introduire dans son modèle général des règles conférant des pouvoirs (*power-conferring rules*) pour rendre compte de l'existence du pouvoir *normatif* institutionnalisé du titulaire de l'autorité juridique⁷⁹. D'une part, il démontre que l'individu qui fait usage d'une règle n'oriente et n'évalue pas sa conduite de la même manière qu'un individu soumis à un commandement⁸⁰. Pour le saisir, il faut chercher à comprendre le « point de vue interne » des acteurs engagés dans les pratiques qu'il s'agit d'analyser⁸¹. D'autre part, il établit une distinction entre les règles « primaires » qui ont pour fonction

⁷⁸ H. L. A. HART, « Introduction », in J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1954, p. xii-xiii. V. ég. *id.*, « Positivism and the Separation of Law and Morals » [1957], *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 59 ; *CL*, p. 60-61, 108.

⁷⁹ Le point de départ de l'analyse de Hart est que le droit peut avoir d'autres fonctions que celles de guider directement les conduites par la contrainte. Il permet, notamment, aux hommes d'exercer des *pouvoirs* (privés comme publics), ce qui leur permet notamment d'organiser leur existence : *CL*, p. 27-34.

⁸⁰ *CL*, p. 27-34.

⁸¹ *CL*, p. 55-57.

d'orienter directement les conduites des individus, et les règles « secondaires » qui confèrent des pouvoirs⁸². Ceci l'amène à la conclusion qu'un pouvoir institutionnalisé ne peut être compris que comme un agencement particulier de règles remplissant diverses fonctions. À l'idée d'« obéissance générale » à un supérieur commun, Hart substitue ainsi celle d'une « *acceptation* générale » des règles fondamentales de l'ordre juridique⁸³. Voici le pas décisif franchi dans sa critique des thèses d'Austin.

Or, son analyse conserve l'empreinte essentielle de son prédécesseur. Il refuse tout d'abord, *contra Kelsen*, d'analyser le fondement de l'ordre juridique comme une hypothèse ou un postulat permettant de clore logiquement le schème d'interprétation de la réalité empirique⁸⁴, car il s'agit de résister au « divorce » que cela crée inévitablement entre les faits sociaux qui constituent l'ordre juridique et le système de validité⁸⁵. Parmi les règles secondaires, Hart met en avant une règle maîtresse, la « règle de reconnaissance », dont la fonction est d'identifier les sources du droit de l'ordre juridique, c'est-à-dire les critères de validité à l'aune desquels les acteurs juridiques reconnaissent l'appartenance d'une règle à l'ordre juridique. Il soutient que la règle de reconnaissance n'est pas une règle postulée ou hypothétique ; elle n'est elle-même ni valide ni non-valide⁸⁶. Il s'agit, dans l'analyse hartienne, d'une *règle sociale* qui existe *de facto* dans la pratique institutionnelle massivement partagée des divers acteurs participant à l'édiction et au maintien du droit. Tout l'édifice repose ainsi sur ce concept de « règle sociale » qui permet à Hart, par une démarche herméneutique⁸⁷, de concevoir de manière crédible l'émergence, dans la pratique sociale, de règles dotées de signification normative pour les acteurs qui sont engagés dedans. Ces pratiques sont à *comprendre* du « point de vue interne » des participants qui adoptent à l'égard des régularités de comportement au sein de leur groupe, non une observance irréfléchie ou

⁸² CL, p. 94-99. Nous laissons de côté ici la question de savoir s'il n'y a pas une tension entre le caractère « parasitaire » (ou de « second ordre ») des règles secondaires et le fait qu'elles confèrent des pouvoirs. Hart introduit les deux dimensions côte-à-côte : CL, p. 81. On pourra utilement se reporter au traitement qu'en propose G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », p. 213-216.

⁸³ H.L.A. HART, « Introduction », art. cité, p. xii-xiii ; *id.*, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 59 ; CL, p. 60-61, 108.

⁸⁴ CL, p. 108.

⁸⁵ H. L. A. HART, « Legal and Moral Obligation », in A. I. MELDEN (dir.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 89. Kelsen est expressément visé.

⁸⁶ CL, p. 109. Il s'agit d'une règle sociale conventionnelle : CL, p. 256. Il rejette ici la thèse kelsénienne de la validité comme mode d'existence spécifique de la norme.

⁸⁷ Le concept de règle sociale constitue ainsi le point de pénétration, dans la philosophie juridique anglo-américaine, de la méthode « herméneutique ». Hart emploie lui-même le terme : « Introduction », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, 1983, p. 14. Pour un exemple de présentation de sa démarche par un ancien doctorant qui deviendra une autorité dans le domaine de l'herméneutique wittgensteinienne : P. M. S. HACKER, « Hart's Philosophy of Law », in P. M. S. HACKER et J. Raz (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 9-12.

automatique, mais une « attitude critique réflexive »⁸⁸. C'est à cet endroit que nous trouvons une évolution particulièrement intéressante de certaines pistes proposées par Austin.

En effet, le problème est celui de savoir comment se distribue l'« acceptation générale », dans l'espace social, des règles fondamentales de l'ordre juridique. La question est plus spécifiquement celle de savoir quelles sont les bases sociales de la règle de reconnaissance en tant que règle sociale⁸⁹. Hart fait ici preuve de finesse. (I) Dans le cas central de l'existence d'un ordre juridique, c'est-à-dire un ordre juridique présentant des conditions ordinaires de stabilité et de pérennité, (i) il est nécessaire qu'il y ait au moins une acceptation partagée (des critères) de la règle de reconnaissance de la part des autorités juridiques pour identifier les règles valides de l'ordre juridique. (ii) Les simples particuliers pourront également y adhérer à titre personnel. En revanche, qu'ils obéissent généralement aux règles primaires de l'ordre juridique qui sont valides conformément aux règles secondaires. Ils adhèrent alors, au moins *indirectement* (sans pouvoir toujours l'explicitement), à la règle de reconnaissance. (II) Dans des cas extrêmes, cependant, les divers éléments que l'on rencontre dans les circonstances ordinaires de l'existence d'un ordre juridique peuvent se désagréger. (i') Il se peut, dans des situations de guerre civile, de révolution ou d'occupation étrangère, que l'acceptation partagée par les autorités de la règle de reconnaissance (et des règles secondaires plus généralement) vienne à s'effondrer. Voilà une première raison d'instabilité des ordres juridiques. (ii') Il se peut également que les rapports entre gouvernants et gouvernés se détériorent à tel point qu'il n'y ait plus d'acceptation générale ou spontanée des règles (primaires) valides du système. Le point de vue interne se limite alors à celui des pouvoirs publics. Mais alors, les particuliers n'obéiront aux règles juridiques que par crainte de la sanction qui deviendra le principal motif d'obéissance. Cela implique le risque d'une désobéissance massive des particuliers toutes les fois qu'ils entrevoient la possibilité que leur désobéissance reste impunie⁹⁰. Cela constitue une seconde forme d'instabilité majeure de l'ordre juridique.

B. Mettre en tension l'obéissance et la liberté des gouvernés

À nos yeux, la supériorité de l'analyse hartienne sur le normativisme kelsénien provient ainsi précisément de ce qu'il est en mesure de conserver l'intuition d'Austin, en y apportant les corrections nécessaires, de la dépendance structurelle

⁸⁸ *CL*, p. 55-57. Raz émet une critique résolue de la démarche hartienne sur ce point : J. RAZ, *Practical Theory and Norms*, Oxford, O.U.P., 1975, 2^e éd. 1990, p. 51 *sq.* Sur cette question : G. BLIGH, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », art. cité, p. 89.

⁸⁹ En d'autres termes, quelles sont les personnes dont la pratique est nécessaire à l'émergence, le maintien et la détermination de son contenu ?

⁹⁰ *CL*, p. 112-118.

de tout gouvernement de la coopération spontanée d'une portion suffisante des gouvernés. En effet, ce n'est que dans le cas d'une grande détérioration du contexte politique que la sanction devient le motif principal d'obéissance au droit. L'ordre juridique se maintient alors au prix de la terreur et de l'exercice de la force brute⁹¹ – et ce, au prix d'une grande instabilité. Le contexte ordinaire de l'existence d'un ordre juridique est celui dans lequel les particuliers acceptent pour leur propre compte les règles de l'ordre juridique et les appliquent à leur situation, sans se soucier dans chaque cas de la possibilité de la sanction. Cela découle au demeurant de la manière de légiférer par disposition générale qui suppose que les destinataires de la règle ne seront pas directement dirigés dans leur conduite par des actes de contrainte, mais se guideront eux-mêmes à l'aune des règles⁹². Dans cette perspective, la sanction n'est pas simplement la punition ponctuelle de ceux qui enfreignent les règles, mais soutient l'initiative d'obéissance de la majorité des gouvernés : elle prémunit ceux qui se soumettent spontanément aux règles communes contre les passagers clandestins qui souhaiteraient bénéficier des avantages de la soumission de la majorité (l'ordre public, la sécurité juridique, etc.), tout en souhaitant échapper pour leur part aux mêmes règles – c'est-à-dire refuser d'obéir en retour⁹³. La sanction révèle sa faiblesse dans les contextes où elle ne devient qu'un attribut de la règle et non le soutien de la relation d'autorité. Le rapport est donc inversé par rapport à l'approche de Kelsen qui part de la sanction comme élément essentiel de l'obligation juridique, et qui ne note qu'*en passant* qu'elle ne trouve pas à s'appliquer dans chaque cas. Dépassant cette difficulté, Hart est en mesure de proposer une explication de l'autorité du droit – quelle que soit l'insuffisance de son explication.

Le grand apport du juriste d'Oxford par rapport à Austin – qui plaçait également la relation d'autorité au cœur de l'analyse – est d'avoir reconnu que les règles de l'ordre juridique n'ont pas seulement une fonction d'encadrement des conduites, mais remplissent une fonction de *médiation* de l'interaction entre les gouvernants et les gouvernés. En effet, Hart mobilise le thème austinien de la force d'inertie qui bénéficie en règle générale au gouvernant. En effet, une classe dirigeante n'a nullement besoin de l'adhésion de l'ensemble de la population mais seulement d'une portion suffisante, ce qui peut permettre de mener une action répressive auprès d'une partie considérable de la population qui n'adhère peut-être pas, pour sa part, aux règles de l'ordre juridique⁹⁴. La capacité de domination juridique est ainsi le résultat d'un équilibre entre l'adhésion spontanée des uns aux règles de l'ordre juridique permettant de surmonter la résistance des autres. Or, si l'on peut entrevoir la possibilité d'une dissolution de l'autorité du droit (et partant,

⁹¹ *CL*, p. 117.

⁹² *CL*, p. 21-22, 207.

⁹³ *CL*, p. 198.

⁹⁴ *CL*, p. 201-202.

d'une perte de stabilité de l'ordre juridique) dans des cas extrêmes, les individus ont toutes les raisons de coopérer spontanément avec l'autorité juridique, préférant voir garantis l'ordre et la sécurité⁹⁵.

C'est pour cette raison, nul doute, que Hart insiste sur le fait que l'individu moralement responsable confronté à une règle juridique inique n'a, le plus souvent, pas d'autre choix que celui de devoir décider pour lui-même de devoir désobéir – et ainsi de braver la sanction⁹⁶. Aussi Hart ne propose-t-il aucune philosophie des droits subjectifs moraux ou fondamentaux dans son œuvre⁹⁷. Il réhabilite l'importante distinction, mise en lumière par Austin et Bentham, entre morale « positive », qui correspond aux règles morales effectivement partagées au sein d'un groupe social, et morale « critique »⁹⁸. Celle-ci n'est pas à comprendre comme un ensemble de règles de comportement moralement justifiées ou idéales⁹⁹. Elle constitue plutôt un ensemble de principes à mobiliser dans l'évaluation et la critique rationnelles des institutions sociales (son droit et sa morale positifs) afin d'exposer les présupposés et les contradictions sur lesquelles reposent les prescriptions qu'émettent de telles institutions¹⁰⁰. C'est seulement la vigilance du corps citoyen qui, soumettant sa classe dirigeante à une surveillance constante en exigeant qu'elle rende des comptes, permet de maintenir la liberté du corps en imposant un climat de modération dans l'exercice du pouvoir. La morale critique est l'outil dont disposent les gouvernés¹⁰¹.

⁹⁵ Cela ressort de son analyse du « contenu minimum du droit naturel » : *CL*, p. 193 ; *id.*, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 79-80. Il existe des règles morales que l'on retrouvera dans tout ordre juridique caractérisé par un niveau ordinaire de stabilité, dont notamment la garantie de la sécurité des personnes, de la propriété et des promesses. Il est *concevable* que de telles règles morales ne soient pas reprises par les règles juridiques (ce n'est qu'une intersection empirique et non analytique – en cela Hart est un positiviste), mais ce sera le cas dans le cas central d'un ordre juridique stable et pérenne, c'est-à-dire celui dont nous savons, par ailleurs, qu'il est caractérisé par un certain degré de coopération spontanée des particuliers avec les règles positives de l'ordre juridique. Hart n'établit pas explicitement ce rapprochement.

⁹⁶ H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 73.

⁹⁷ Problème que nous soulevons dans : G. BLIGH, « Un libéralisme sans les droits naturels. La philosophie politique de H.L.A. Hart », in H. L. A. HART, *Le droit, la liberté et la morale – suivi de La moralité du droit pénal*, trad. fr. G. BLIGH, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 154-159.

⁹⁸ H. L. A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, O.U.P., 1963, p. vii, p. 17-20 ; *id.*, *The Morality of the Criminal Law*, Oxford, O.U.P., 1965, p. 37 ; *id.*, « Introduction » [in Austin, *PJD*], art. cité, p. x-xi.

⁹⁹ Contrairement à ce que soutiennent L. GREEN, « Should Law Improve Morality ? », *Criminal Law and Philosophy*, 2013, vol. 7, p. 476 ; ou J. FINNIS, « Hart as Political Philosopher », *Collected Works, Vol. IV*, Oxford, OUP, 2011, p. 271.

¹⁰⁰ V. en ce sens : N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford, Stanford UP, 2008, 2^e éd., p. 67 ; M. CARPENTIER, « Positivism analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty, and Morality* », *Droit & Philosophie*, 2014, vol. 6, p. 53. Parmi ces principes de morale critique, on trouve dans la pensée de Hart entre autres le principe de non-nuisance de Mill, le principe d'utilité, mais également des « principes de justice et d'équité ». Voir G. BLIGH, « Un libéralisme sans les droits naturels. La philosophie politique de H.L.A. Hart », art. cité, p. 200-205, p. 251-271.

¹⁰¹ Il s'agit, à proprement parler, de pouvoir réserver rationnellement son obéissance, ou menacer rationnellement de désobéir.

Hart n'est pas explicite sur cette question. (i) Si le pouvoir des gouvernants repose sur la coopération spontanée d'une majorité de citoyens, il faut veiller à ne pas bousculer la morale *positive* (seulement) de ce groupe. Il ne s'agit nullement de soutenir que l'autorité d'une classe dirigeante soit justifiée, du point de vue de la morale *critique*, du simple fait que les gouvernants se maintiennent au pouvoir de manière stable. Hart souligne ainsi que la coopération spontanée de la majorité permet la répression systématique d'un groupe minoritaire. (ii) Cependant, là où il n'y a pas de persécution systématique, il ne s'agit pas pour autant de conclure au triomphe de la morale critique. En effet, une société jouit principalement d'une marge de liberté parce qu'il existe un attachement viscéral du groupe à des valeurs qui font partie de sa morale positive et qui sous-tendent cette liberté. C'est cette morale positive qui structure la réponse de masse d'un groupe qui, du fait de son histoire et de ses traditions politiques, jouit de cette liberté qu'il n'a qu'à entretenir. Si la liberté d'un peuple permet sans doute un usage plus répandu de la morale critique parmi ses membres, on ne peut sans doute pas à espérer qu'une majorité de citoyens entretienne un engagement véritablement critique avec l'exercice du pouvoir. Hart ne laisse pas entendre qu'une société libre est une société dans laquelle une majorité de citoyens mettent en œuvre une morale critique libérale de tous les instants. (iii) Aussi la morale critique semble-t-elle être l'outil de *l'individu* confronté au « dilemme humain » de l'obéissance au droit inique¹⁰², ou de la remise en cause publique des mesures officielles des gouvernants¹⁰³. (iv) Bien entendu, un usage public efficace (un débat public remporté) ou un usage individuel important (une désaffection silencieuse massive) de la morale critique aura un impact, à terme, sur la morale positive du groupe. Par ailleurs, on peine à imaginer un usage efficace d'une critique rationnelle publique si les valeurs mobilisées ne font pas déjà partie, au moins de manière latente, de celles auxquelles adhère le groupe¹⁰⁴.

Pour refermer les développements sur Hart, nous retiendrons que celui-ci présente le grand intérêt de proposer une modélisation convaincante de l'ordre juridique comme *ensemble de règles* (qu'il ne réduit pas à un ensemble de faits), tout en maintenant au cœur de son analyse la question de l'autorité du droit et de la base interactionnelle de l'ordre juridique. Il propose des outils très puissants

¹⁰² H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 73.

¹⁰³ Par exemple, dans *Law, Liberty, and Morality*, *op. cit.*, la sanction pénale des pratiques homosexuelles entre adultes consentants dans un cadre privé.

¹⁰⁴ Il s'agit, à vrai dire, de révéler à ceux qui assistent au débat les implications pratiques des opinions et des valeurs auxquelles ils adhèrent peut-être déjà, en indiquant les contradictions dans leurs positions. Il peut également s'agir de montrer que la position qu'ils adoptent intuitivement dans un premier cas doit être rationnellement étendue à d'autres cas, etc. En revanche, on ne peut imaginer que quiconque soit véritablement persuadé par une simple *argumentation* (un procédé de morale critique) s'il n'adopte pas lui-même les valeurs invoquées. Ainsi, l'objectif n'est pas de montrer *in abstracto* que l'on doit penser de telle manière, mais *qu'un interlocuteur* spécifique le pense *déjà* (pour peu qu'il prenne le temps de considérer correctement la question). La démarche de morale critique ne peut appartenir, à nos yeux, qu'au domaine du raisonnement dialectique.

pour rendre compte de la dimension spécifiquement juridique de la domination qu'il peut mettre en tension avec le rapport politique entre gouvernants et gouvernés. Il résiste donc aux écueils tant austiniens que kelséniens. Voici une dimension de l'œuvre de Hart qu'il nous semble qu'il est nécessaire de retenir.

Cependant, force est de constater qu'il manque de précision sur la manière dont il faut articuler ces deux éléments pour rendre compte de l'instauration et du maintien de la coopération spontanée des gouvernés avec la domination des gouvernants. Sans doute n'envisage-t-il simplement pas la question sous cet angle. La tâche incombe à ses lecteurs, comme nous avons essayé de le faire, de proposer une mise en ordre cohérente. Cependant, la conception interactionnelle qu'il propose demeure fuyante : le gouverné donne son obéissance, le gouvernant ne donne rien en retour – bien qu'il doive sans doute *tenir compte* de sa dépendance structurelle à l'égard des destinataires des règles qu'il édicte. Lon Fuller objecte ainsi à Hart qu'il ne parvient à se détacher d'une conception verticale du droit comme projection unilatérale de l'autorité, alors que celle-ci résulte d'attentes mutuelles des acteurs qui participent à une pratique sociale commune¹⁰⁵. Cette critique nous paraît, dans une certaine mesure, justifiée¹⁰⁶. Cela ne revient pas à dire qu'il y a une vertu morale intrinsèque du droit partout où il existe, mais que les bases interactionnelles de l'ordre juridique conditionnant son existence empêchent de penser le droit, comme le fait Hart, tel un simple instrument de contrôle social¹⁰⁷. En cela, il reste captif des présupposés austiniens qu'il cherche, avec succès, à corriger, mais sans lesquels il n'aurait sans doute pas tenu compte du problème de l'autorité du droit.

*
**

Nous rappelons, en guise de conclusion, l'idée qui a guidé ces développements consacrés à l'« autorité du droit ». Elle justifie notre intérêt pour ce que nous avons appelé la « base interactionnelle » de l'ordre juridique. Nous avons insisté, d'une part, sur le fait que l'autorité du droit ne repose pas de manière centrale sur la sanction des règles qui ne trouve que ponctuellement à s'appliquer (bien que la sanction ait occupé une place centrale dans la définition de la norme juridique en théorie du droit), mais sur la coopération spontanée des gouvernés avec leurs gouvernants. Cela nous a permis de donner de l'importance, d'autre part, à l'idée que les libertés des gouvernés reposent en dernière analyse, non sur la possibilité

¹⁰⁵ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Cambridge, H.U.P., 2^e éd., 1963, p. 216-217 ; *id.*, « Human Interaction and the Law », art. cité, p. 20-26.

¹⁰⁶ C'est l'objet de la seconde étude à laquelle nous renvoyons en introduction.

¹⁰⁷ *CL*, p. 39-40, 124, 202, 207, 210, 213 ; *id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 56, 115, 353. Fuller se trompe nul doute, cependant, lorsqu'il attribue à Hart une conception « managériale » du droit comme ensemble de directions individuelles : L. L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 209, 216.

d'une annulation ponctuelle des actes illégaux des gouvernants, mais sur le fait que la classe dirigeante se plie dans l'écrasante majorité des cas, *pour sa part également*, à une conception des droits et libertés des gouvernés, et ne cherche pas à imposer une situation de domination par la force brute – qu'elle aurait peut-être les moyens, mais non l'intérêt, d'instaurer. Nous avons cherché à montrer qu'une théorie de l'ordre juridique peut rendre invisible ces questions ou, au contraire, aider à prendre pleine conscience des implications de cette base interactionnelle.

Il s'agissait ici de maintenir en tension deux éléments. Il faut accorder une place centrale à la grande inertie qui opère au *bénéfice* d'une classe dirigeante dès lors qu'elle parvient à asseoir son autorité sur un peuple. La pensée de John Austin, corrigée par H. L. A. Hart, permet de construire une modélisation convaincante de l'ordre juridique capable de tenir compte de cette intuition. Cependant, il faut également proposer, dans le même temps, l'ébauche d'une explication de la manière dont les valeurs politiques fondamentales d'une société contraignent cette classe dirigeante à la *modération*. Or, ce n'est pas parce que ces valeurs sont incorporées dans le droit positif¹⁰⁸, sous la forme de droits subjectifs, qu'elles lient véritablement une classe dirigeante qui demeure maîtresse du droit positif, mais parce que ces valeurs sont celles d'une société libre. Aussi ne contraindront-elles les gouvernants qu'à mesure que les membres de cette société continuent effectivement d'adhérer à ces valeurs¹⁰⁹. Les gouvernants n'auraient pas d'autre raison de s'imposer spontanément de quelconques limites que la crainte de *devoir* mettre en œuvre la sanction à grande échelle parce qu'ils auraient vu disparaître la coopération spontanée de la population qui est la base réelle de leur autorité. Nietzsche critiquait la prétention des philosophes à vouloir substituer des

¹⁰⁸ Nous suivons le constat de Nedelsky selon lequel les droits constitutionnellement (ou juridiquement) garantis doivent s'analyser comme des *choix collectifs* quant aux valeurs fondamentales d'une société : J. NEDELSKY, « Reconceiving Rights as Relationship », *Review of Constitutional Studies*, 1993, vol. 1, p. 4-5 [v. dans ce dossier la trad. fr. G. BLIGH]. Ainsi, on ne réforme (n'abroge) pas aisément des règles de droit positif qui bénéficient d'un statut culturel fondamental quand bien même ces règles ne seraient entourées d'aucune protection juridique particulière du point de vue formel. On retombe cependant sur le constat premier : la force du droit est tributaire des rapports entre les gouvernants et les gouvernés. Ce serait une erreur de considérer que le contenu du droit positif *contrôle* cette relation.

¹⁰⁹ V. en ce sens : F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 2011 [1960], chap. 14, p. 311, p. 325-326. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, propose une analyse complexe de cette question qui, se situant ouvertement dans le sillage d'Austin, nous paraît fertile. D'une part, si l'exercice du pouvoir du souverain (du Parlement) est juridiquement illimité, il ne l'est pas politiquement car il est limité par la coopération des gouvernés sur laquelle repose en réalité l'autorité du souverain. Ce dernier doit donc tenir compte des valeurs du peuple qu'il gouverne, qui, au Royaume-Uni, est un peuple libre (*Ibid.*, p. 79). D'autre part, si Dicey accorde une grande importance dans sa définition du *rule of law* aux garanties juridictionnelles des droits, il insiste sur le fait que c'est la *culture politique* libérale britannique elle-même qui a émergé de celles-ci (*Ibid.*, p. 187, p. 196-197).

garanties rationnelles à l'effondrement de la morale publique¹¹⁰. Nous ne pensons pas forcer l'analogie en soutenant que les garanties de papier que constituent les droits fondamentaux ne peuvent soutenir ou maintenir les libertés d'un peuple qui a cessé d'en être, pour lui-même, le gardien jaloux.

¹¹⁰ F. NIETSCHE, *Twilight of the Idols and The Antichrist*, Londres, Penguin, 1990, p. 39-43 (v. le « problème de Socrate »).