

ÊTRE ET PENSER
CAHIERS DE PHILOSOPHIE

HANS KELSEN

THÉORIE PURE DU DROIT

INTRODUCTION A LA SCIENCE DU DROIT

Traduit de l'allemand par
HENRI THÉVENAZ

JUIN

37

1953

ÉDITIONS DE LA BACONNIÈRE - NEUCHÂTEL

ÊTRE ET PENSER

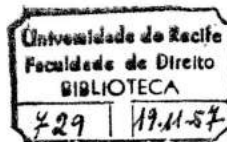
TRENTE-SEPTIÈME CAHIER

PRÉFACE DE L'AUTEUR

Ayant publié en 1934, sous le titre de « *Reine Rechtslehre* », un exposé général de la Théorie pure du droit, j'ai immédiatement songé à en faire paraître une traduction française, mais diverses circonstances et notamment la seconde guerre mondiale m'en ont empêché. Près de vingt années s'étant écoulées depuis la parution de l'édition allemande, on comprendra sans peine que ma théorie ne pouvait guère rester intacte pendant une si longue période. Les objections qui lui ont été faites, les travaux que j'ai entrepris dans le domaine du droit international positif et l'examen de certains problèmes touchant à la philosophie du droit m'ont constamment incité à repenser ma conception du droit et de la science juridique. J'ai ainsi été amené à préciser divers points qui n'étaient pas suffisamment clairs et avaient donné lieu à des malentendus. J'ai aussi abandonné l'une ou l'autre de mes thèses lorsqu'elles ne me paraissaient plus devoir être maintenues, mais je ne crois pas avoir modifié ma théorie sur aucun point essentiel.

Le présent ouvrage ne pouvait donc pas être une simple traduction de celui que j'avais publié en 1934. Il s'en distingue par de nombreuses adjonctions et modifications. En revanche, j'ai maintenu sans changement la préface de l'édition allemande. Elle expose les conditions scientifiques et politiques dans lesquelles la Théorie pure du droit s'est formée au lendemain de la première guerre mondiale et elle examine les réactions qu'elle a suscitées. A cet égard la situation ne s'est guère modifiée et cela me paraît hautement significatif. Je relève cependant qu'il est devenu plus difficile encore d'atteindre l'un des buts principaux de la Théorie pure du droit, qui est de tenir la science juridique à l'écart de la

JA



Tous droits réservés pour la présente traduction française
par les Éditions de la Baconnière, Boudry, Neuchâtel (Suisse).

politique. La seconde guerre mondiale et les bouleversements sociaux qu'elle a provoqués ont en effet accentué la menace séculaire d'une subordination de la science à la politique.

Je dois à M. Henri Thévenaz de pouvoir soumettre au public de langue française les éléments essentiels de la Théorie pure du droit et je lui en exprime ici ma vive reconnaissance.

Hans Kelsen

NOTE DU TRADUCTEUR

La Théorie pure du droit a marqué de son empreinte la pensée juridique de la première moitié de ce siècle. Elle s'est rapidement imposée à l'attention des juristes et son influence va en croissant. Elle a des partisans enthousiastes et des adversaires acharnés et de fait elle oblige chacun à prendre position.

Est-elle pour autant suffisamment connue ? On a souvent l'impression qu'elle est jugée sur des exposés fragmentaires ou de seconde main et l'on voudrait recommander une étude plus attentive. Or les juristes de langue française n'ont eu jusqu'ici à leur disposition que des textes allemands d'une lecture assez difficile ou des traductions de valeur inégale, dispersées dans diverses revues. Il leur manquait notamment un ouvrage donnant une vue d'ensemble de la Théorie pure du droit et servant en quelque sorte d'introduction aux études consacrées à des points particuliers.

Le présent ouvrage comble cette lacune.

Qu'il nous soit permis de rappeler ici que M. Hans Kelsen a été pendant près de dix ans professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève. Ses nombreux étudiants maintenant dispersés dans les cinq continents gardent, nous n'en doutons pas, un souvenir vivant des exposés clairs et rigoureux de leur ancien maître. Ils ont pu admirer l'aisance avec laquelle il s'attaquait aux problèmes les plus difficiles du droit international, de la théorie du droit ou de la philosophie des sciences sociales, et ils ont été stimulés par l'exemple d'un esprit constamment soucieux de vérifier la solidité de ses propres théories et d'explorer des domaines nouveaux.

Il nous est agréable que le présent ouvrage paraisse en Suisse l'année même où M. Kelsen reprend à l'Institut universitaire un enseignement encore enrichi par le contact avec les milieux juridiques et scientifiques du nouveau monde. Qu'il veuille bien y voir notre manière de lui souhaiter la bienvenue.

Henri THÉVENAZ

PRÉFACE DE L'ÉDITION ALLEMANDE DE 1934

Près d'un quart de siècle s'est écoulé depuis que j'ai entrepris d'élaborer une théorie pure du droit, par quoi j'entends une théorie exempte de toute idéologie politique et de tout élément relevant des sciences de la nature, consciente d'avoir un objet régi par des lois qui lui sont propres. Mon but a été d'emblée d'élever la théorie du droit, qui consistait essentiellement en exposés plus ou moins camouflés de politique juridique, au rang d'une véritable science qui prendrait place à côté des autres sciences morales. Il s'agissait d'approfondir les recherches entreprises pour déterminer la nature du droit, abstraction faite de ses divers aspects, et de tendre dans toute la mesure du possible vers l'objectivité et la précision, idéal de toute science.

J'ai aujourd'hui la satisfaction de constater que je ne suis pas resté seul à suivre cette voie. J'ai trouvé un écho encourageant dans tous les pays civilisés, dans toutes les professions juridiques si différentes soient-elles les unes des autres, auprès de théoriciens et de praticiens, même auprès de représentants d'autres sciences morales. Un groupe de juristes préoccupés des mêmes problèmes formèrent ce qu'on appelle mon école et qui l'est seulement en ce sens que chacun de ses membres cherche à apprendre des autres sans renoncer à son individualité propre. Nombreux sont aussi les juristes qui adoptent les thèses essentielles de la Théorie pure du droit, sans toutefois se réclamer d'elle et souvent sans la nommer, quand ils ne la combattent pas de façon directe et peu amicale. Je leur dois une reconnaissance particulière, car mieux que les plus fidèles partisans ils attestent, même malgré eux, que ma théorie peut avoir quelque utilité.

La Théorie pure du droit n'a pas suscité seulement des adhésions et des imitations. Elle s'est aussi heurtée à une opposition dont le caractère passionné, presque sans exemple dans l'histoire du droit, ne s'explique d'aucune manière si l'on considère objectivement les points où il y a divergence de vues. Certaines de ces divergences reposent sur des malentendus qui bien souvent ne semblent pas complètement involontaires, et lorsque l'opposition est réelle, elle ne saurait justifier la profonde animosité de mes adversaires, car la théorie qu'ils combattent est loin d'être entièrement nouvelle et de s'opposer à toutes celles qui l'ont précédée. Plusieurs des idées qu'elle a développées étaient déjà en germe dans le positivisme juridique du dix-neuvième siècle, dont mes adversaires sont eux aussi les héritiers. En réalité ce qui les scandalise, ce n'est pas tant que j'aie conduit la science du droit dans une direction nouvelle, mais bien plutôt que je l'aie invitée à choisir l'une des voies entre lesquelles elle hésite perpétuellement. Le fait que ma théorie est conséquente avec elle-même les inquiète davantage que sa nouveauté et cela permet déjà de supposer que des raisons moins scientifiques que politiques, essentiellement fondées sur des sentiments, interviennent dans la lutte contre la Théorie pure.

Le droit est-il une science de la nature ou une science morale ? Cette question n'a pas de quoi échauffer les esprits et la distinction de ces deux catégories de sciences s'est faite presque sans résistance. Or il s'agit seulement d'activer un peu le développement de la science juridique à la lumière des résultats atteints par la philosophie des sciences, de telle sorte que le droit cesse d'être un parent pauvre des autres disciplines scientifiques et ne suive plus les progrès de la pensée d'une allure lente et claudicante.

En réalité le conflit ne porte pas sur la place du droit parmi les autres sciences et sur les conséquences qui en résultent, mais sur les rapports du droit et de la politique. Mes adversaires n'admettent pas que ces deux domaines soient nettement séparés l'un de l'autre, car ils ne veulent pas se départir de l'habitude bien enracinée d'invoquer l'autorité objective de la science

du droit pour justifier des prétentions politiques qui ont un caractère essentiellement subjectif, même si en toute bonne foi elles correspondent à l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe.

Telle est la raison de l'opposition, je dirais presque de la haine que rencontre la Théorie pure. Tels sont les mobiles de la lutte qui est conduite contre elle par tous les moyens. Il s'agit en effet des intérêts les plus vitaux de la société, sans parler des intérêts professionnels des juristes qui, c'est bien naturel, ne renoncent pas volontiers à croire et à faire croire que leur science permet de trouver la « juste » solution des conflits d'intérêts au sein de la société. Parce qu'ils connaissent le droit existant, ils s'estiment aussi appelés à créer le droit de l'avenir et dans leur désir d'exercer une influence sur sa formation, ils prétendent avoir dans le domaine de la politique un rang supérieur à celui de simples techniciens des questions sociales.

Le principe de la séparation de la science juridique et de la politique, tel qu'il est posé par la Théorie pure, a naturellement des conséquences politiques, fussent-elles seulement négatives. Il conduit à une auto-limitation de la science du droit que plusieurs tiennent pour une démission. Aussi n'est-il pas étonnant que les adversaires de la Théorie pure ne soient guère disposés à lui rendre justice et qu'ils n'hésitent pas à la dénaturer pour être mieux à même de la combattre. Ils s'en prennent moins à la théorie elle-même qu'à l'image déformée que chacun d'eux s'en fait selon ses besoins, de telle sorte que leurs arguments s'annulent les uns les autres, rendant une réfutation presque superflue.

Les uns déclarent avec mépris que la Théorie pure n'a aucune valeur, car elle serait un vain jeu de concepts dépourvus de signification. D'autres s'inquiètent de ses tendances subversives qui constitueraient un danger sérieux pour l'État et son droit. Parce qu'elle se tient à l'écart de toute politique, on lui reproche souvent de s'éloigner de la vie et d'être pour cette raison sans valeur scientifique. On prétend aussi fréquemment

qu'elle n'est pas en mesure de maintenir jusqu'au bout ses principes de méthode et qu'elle est seulement l'expression d'une philosophie politique particulière. Mais laquelle ? Pour les fascistes la Théorie pure se rattache au libéralisme démocratique. Pour les démocrates libéraux ou socialistes elle ouvre la voie au fascisme. Les communistes la rejettent parce qu'elle serait une idéologie inspirée de l'étatisme capitaliste, tandis que les partisans du capitalisme nationaliste voient en elle l'expression d'un bolchevisme grossier ou d'un anarchisme camouflé. Aux yeux de certains son esprit serait apparenté à celui de la scolastique catholique. D'autres croient reconnaître en elle les caractéristiques d'une théorie protestante du droit et de l'État. Mais elle a aussi des adversaires qui la condamnent pour son athéisme. Bref il n'est aucune tendance politique dont on n'ait accusé la Théorie pure du droit. Cela prouve, mieux qu'elle ne pourrait le faire elle-même, qu'elle a su conserver son caractère de théorie « pure ».

Les principes de sa méthode ne sauraient être sérieusement mis en question, si le droit doit faire l'objet d'une discipline méritant le nom de science. On pourrait seulement se demander jusqu'où il est possible de les appliquer. Or il y a sur ce point une différence très importante entre les sciences sociales et les sciences de la nature. Sans doute ces dernières ne sont-elles pas à l'abri de toute tentative de pression politique, comme l'histoire le montre clairement : une puissance dont l'influence s'étend sur tout le globe ne s'est-elle pas sentie menacée par l'énoncé de la vérité sur le cours des astres ? Mais les sciences de la nature sont parvenues à se rendre indépendantes de la politique parce qu'un intérêt social encore plus important, celui du progrès de la technique, ne pouvait être garanti que par la liberté de la recherche scientifique. Les sciences sociales ne bénéficient pas d'un tel avantage, car elles ne sont pas en mesure de faire progresser la technique sociale de façon aussi directe et évidente que la physique et la chimie contribuent au progrès de la mécanique appliquée ou de la thérapeutique médicale. En raison surtout de leur développement insuffisant les sciences

sociales n'ont pas encore trouvé dans la société l'appui qui leur permettrait de faire complètement abstraction des idéologies sociales désirées par les détenteurs du pouvoir ou par ceux qui aspirent à le conquérir. Cet appui leur fait particulièrement défaut à notre époque, car la guerre mondiale et ses suites ont profondément ébranlé les bases de la vie sociale et accusé à l'extrême les oppositions qui se manifestent entre les États et à l'intérieur de chacun d'eux. Dans une période d'équilibre social l'idéal d'une science objective du droit et de l'État aurait peut-être quelque chance de rencontrer un assentiment général, mais rien ne paraît aujourd'hui plus contraire à l'esprit de l'époque qu'une théorie du droit désireuse de sauvegarder sa « pureté ». Chaque pouvoir politique ne peut-il pas compter sur les services de l'une des autres théories et ne va-t-on pas jusqu'à réclamer une science juridique fondée sur la politique et à revendiquer pour elle le titre de science « pure », faisant ainsi une vertu d'une attitude que seule une extrême détresse personnelle pourrait à la rigueur excuser.

Si j'ai néanmoins entrepris à une telle époque de condenser les résultats de mes travaux sur le problème du droit, c'est dans l'espoir que le nombre de ceux qui préfèrent l'esprit à la force est plus élevé qu'il ne le paraît actuellement. Puisse la nouvelle génération, grandie dans le tumulte, ne pas cesser entièrement de croire à une science juridique libre, dont l'avenir, j'en suis convaincu, recueillera les fruits.

Genève, mai 1934.

HANS KELSEN.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT ET LA NATURE

1. QU'EST-CE QU'UNE THÉORIE « PURE » DU DROIT ?

La Théorie pure du droit est une théorie du droit positif, du droit positif en général et non d'un droit particulier. Elle est une théorie générale du droit et non une interprétation de tel ou tel ordre juridique, national ou international.

Elle veut rester une théorie et se borner à connaître son objet à l'exclusion de tout autre. Elle cherche à déterminer ce qu'est le droit et comment il se forme, sans se demander ce qu'il devrait être ou comment il devrait se former. Elle n'est pas une politique juridique, mais une science du droit.

En se donnant le qualificatif de théorie « pure », elle indique qu'elle entend constituer une science ayant le droit pour seul objet et ignorant tout ce qui ne répond pas strictement à sa définition. Le principe fondamental de sa méthode est donc d'éliminer de la science du droit tous les éléments qui lui sont étrangers. Cela paraît aller de soi. Il suffit cependant de jeter un coup d'œil sur la science juridique traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au cours du dix-neuvième et du vingtième siècle, pour constater à quel point elle ignore un tel principe. Avec un manque total de sens critique elle s'est occupée de psychologie et de biologie, de morale et de théologie. Il n'y a plus guère aujourd'hui de domaine scientifique dans lequel le juriste ne s'estimerait pas autorisé à pénétrer. Bien plus il

croit rehausser son prestige scientifique en faisant des emprunts à d'autres disciplines. Le résultat ne peut être que la ruine de la véritable science du droit.

2. SCIENCES DE LA NATURE ET SCIENCES SOCIALES — CAUSALITÉ ET IMPUTATION.

a) *La nature et la société.*

Le droit étant un phénomène social, la science du droit fait partie du groupe des sciences qui étudient la société sous ses divers aspects. Ces sciences diffèrent essentiellement des sciences de la nature, car la société est une réalité tout à fait différente de la nature.

Par nature nous entendons un ordre ou un système d'éléments reliés les uns aux autres par un principe particulier, celui de la causalité. Toute loi naturelle fait application de ce principe. Ainsi la loi selon laquelle un métal se dilate lorsqu'il est chauffé, établit un rapport de cause à effet entre la chaleur et la dilatation du métal. La science primitive tenait la causalité pour une force sise à l'intérieur des choses, mais elle est seulement un principe de connaissance.

La société est un ordre réglant la conduite des hommes. Cette conduite apparaît d'abord comme un phénomène naturel. Une science qui étudierait la société en faisant application du principe de causalité serait une science de la nature au même titre que la physique ou la biologie. Mais en y regardant de plus près, nous nous apercevons que dans nos jugements sur la conduite des hommes nous appliquons aussi un autre principe, tout à fait différent du principe de causalité. La science ne lui a pas encore donné de nom universellement admis ; aussi devons-nous d'abord établir qu'il en est fait application dans les sciences dont l'objet est la conduite des hommes. C'est à cette condition que nous pourrions opposer les sciences sociales aux sciences de la nature et voir dans la société un ordre ou un système différent de celui de la nature.

b) *L'imputation dans la pensée juridique.*

Pour décrire son objet, qu'il s'agisse du droit en général ou d'un ordre juridique particulier tel que le droit international ou le droit national d'un État, la science juridique formule ce que nous appelons des règles de droit. Ce faisant elle ne recourt pas au principe de causalité qui intervient dans les lois naturelles, mais à un autre principe. Une règle de droit affirme par exemple : « si un individu a commis un crime, il doit être puni », « s'il ne s'acquitte pas de sa dette, il doit subir une exécution forcée dirigée contre ses biens », ou d'une manière plus générale : « si un acte illicite a été commis, une sanction doit être appliquée ».

A l'instar de la loi naturelle la règle de droit établit une relation entre deux faits, mais si dans la loi naturelle il y a une relation de cause à effet, la causalité n'intervient pas dans la règle de droit. Le crime n'est pas la cause de la punition, la sanction n'est pas l'effet de l'acte illicite. La relation qui existe entre les deux faits résulte d'une norme prescrivant ou autorisant une conduite déterminée. Cette norme est elle-même le sens attaché à un ou plusieurs actes que des hommes ont accomplis dans l'espace et dans le temps et qu'on appelle coutume, loi, arrêt judiciaire ou acte administratif.

Un acte illicite est suivi d'une sanction parce qu'une norme créée par un acte juridique (au sens d'acte créateur de droit) prescrit ou autorise l'application d'une sanction quand un acte illicite a été commis. Il n'en va pas de même dans la relation causale : l'effet ne suit pas la cause parce qu'il serait prescrit ou autorisé par une norme ; il se produit indépendamment de toute norme créée par des hommes.

Quand nous disons qu'une norme est « créée » par un acte, nous nous servons d'une métaphore destinée à exprimer l'idée que cet acte a un sens normatif. Une norme créée par un acte accompli dans l'espace et dans le temps est dite positive et elle se distingue de toutes les normes qui n'ont pas été créées de cette manière, qui n'ont pas été « posées », mais seulement

« supposées » par un acte purement intellectuel. Le droit et la morale sont des ordres positifs si et dans la mesure où leurs normes ont été « posées » ou créées par des actes accomplis dans l'espace et dans le temps : coutumes suivies par les membres d'une communauté, commandements d'un prophète, actes d'un législateur, etc.

Une science du droit ou une éthique scientifique ne peuvent avoir pour objet que le droit positif ou une morale positive. Elles décrivent des normes positives prescrivant ou autorisant une conduite déterminée et elles affirment que dans telles conditions tel individu doit se conduire de façon conforme à une norme donnée.

Toute norme est l'expression d'une valeur, d'une valeur morale s'il s'agit d'une norme morale, d'une valeur juridique s'il s'agit d'une norme juridique. Si l'on constate que la conduite d'un individu correspond ou ne correspond pas à une norme positive, on émet un jugement de valeur, mais un tel jugement ne diffère pas essentiellement d'une constatation de fait (ou jugement de réalité), car il se rapporte à une norme positive et par elle au fait qui l'a créée.

En revanche, une norme qui n'a pas été « posée », mais seulement « supposée », n'appartient pas au domaine de la réalité. Un jugement constatant qu'un fait correspond ou ne correspond pas à une telle norme non positive est un jugement de valeur essentiellement différent d'une constatation de fait.

Pour définir la relation que la norme juridique établit entre l'acte illicite et la sanction la science du droit formule une règle de droit disant que la sanction *doit*¹ suivre l'acte illicite. Nous avons donné à cette relation le nom de *Zurechnung* et nous proposons en français celui d'imputation, la sanction étant imputée à l'acte illicite. Nous disons de même qu'un individu est *zurechnungsfähig* (responsable), quand une sanction peut être dirigée contre lui, ou *unzurechnungsfähig* (irrespon-

¹ La langue allemande emploie ici le verbe *sollen*.

sable), quand une sanction ne peut pas être dirigée contre lui pour la raison qu'il est un enfant ou un aliéné. Il importe donc de préciser que la relation entre un acte illicite et une sanction suppose que l'auteur de l'acte est responsable de sa conduite. Le même acte commis par un individu irresponsable n'est pas relié par l'ordre juridique à une sanction. L'imputation, considérée comme la relation spécifique existant entre l'acte illicite et la sanction, est ainsi sous-entendue dans la proposition qu'un individu est ou n'est pas juridiquement responsable de sa conduite. La qualification juridique de l'auteur d'un acte illicite constitue l'un des éléments de la définition de cet acte et c'est à un acte illicite ainsi défini qu'une sanction est imputée.

L'imputation¹ relie donc deux comportements humains, l'acte illicite et la sanction. Il est évident que cette relation n'a pas un caractère causal. L'acte illicite n'est pas la cause de la sanction et celle-ci n'en est pas l'effet. Aussi bien la science du droit ne vise-t-elle pas à donner une explication causale des comportements humains auxquels les normes juridiques s'appliquent.

c) *L'imputation dans la pensée primitive.*

Quand on étudie les sociétés primitives, on constate qu'elles interprètent la nature à l'aide du principe d'imputation. Probablement étrangère à la mentalité du primitif, l'idée de causalité, fondement des sciences de la nature, apparaît à un stade de civilisation plus avancée. Elle ne serait donc pas une idée innée, comme on a pu le supposer. Lorsque le primitif interprète les phénomènes qu'il perçoit par ses sens, il ne recourt pas, semble-t-il, au principe de causalité, mais aux règles applicables à ses relations avec les autres membres du groupe social dont il fait partie.

¹ Nous rencontrerons plus loin une autre sorte d'imputation lorsque nous examinerons dans quelles conditions l'acte d'un individu peut être imputé à une personne juridique (page 108).

Rappelons d'abord un fait fondamental. Quand des hommes vivent en société, la notion du bien et du mal se forme dans leur esprit. Ils en viennent à penser que dans telle circonstance les membres du groupe doivent se conduire d'une manière déterminée, c'est-à-dire se conformer à certaines normes. Les premières normes sociales ont eu vraisemblablement pour but d'imposer des restrictions à l'instinct sexuel et à la violence. L'inceste et le meurtre à l'intérieur du groupe sont sans doute les crimes les plus anciens et la vendetta la première sanction établie par l'ordre social. Cette sanction est fondée sur le principe social le plus primitif, celui de la rétribution, qui se manifeste aussi bien dans la punition que dans la récompense. On peut le formuler ainsi : « si un individu agit bien, il doit être récompensé et s'il agit mal, il doit être puni ». Entre la condition et la conséquence, entre l'action bonne ou mauvaise et la récompense ou la punition, il n'y a pas une relation de cause à effet, mais une imputation, la récompense ou la punition étant imputée à l'action qu'elle doit « rétribuer ».

Quand l'homme primitif sent le besoin d'expliquer les phénomènes naturels, il les considère comme des récompenses ou des punitions, suivant qu'ils se produisent en sa faveur ou à son détriment. Un événement avantageux est la récompense d'une bonne conduite, tandis qu'un événement défavorable est la punition d'une mauvaise action. Une telle interprétation de la nature n'est donc pas causale, mais normative, fondée qu'elle est sur la norme sociale de la rétribution.

d) *L'animisme, interprétation sociale de la nature.*

Par animisme on entend la conviction de l'homme primitif que les choses ont une âme, qu'elles sont animées, des esprits puissants mais invisibles se cachant en elles ou derrière elles. En définitive les choses sont des personnes et elles se comportent à l'égard des hommes de la même manière que les hommes entre eux, soit selon le principe de rétribution, sous forme de punition ou de récompense.

Pour l'homme primitif les esprits indiquent quelle est la conduite correcte, car c'est d'eux qu'émane la punition ou la récompense. Le rapport entre la bonne conduite et la récompense, entre la mauvaise action et la punition, est ainsi établi par des êtres surhumains et puissants qui dirigent la nature.

L'animisme est donc une interprétation de la nature à la fois personnelle, sociale et normative, fondée sur le principe d'imputation et non sur celui de causalité. Aussi la nature n'a-t-elle pas pour l'homme primitif la même signification que pour la science moderne. Elle n'est pas conçue comme un ensemble de faits reliés par le principe de causalité, comme un ordre causal ; elle est un élément de la société, un ordre normatif fondé sur le principe d'imputation. L'homme primitif ignore le dualisme de la nature et de la société, de l'ordre causal et de l'ordre normatif. Il a fallu une longue évolution pour que l'homme civilisé en vienne à concevoir ces deux méthodes différentes de relier les faits entre eux et pour qu'il fasse une distinction entre l'homme et les autres êtres, entre les personnes et les choses. L'interprétation normative est maintenant réservée aux relations sociales des hommes entre eux, tandis que les relations entre les choses font l'objet d'une explication causale. La science moderne de la nature est ainsi le résultat d'une émancipation de l'esprit humain, qui s'est dégagé de l'animisme et de son interprétation sociale de la nature. Pendant la période de l'animisme l'homme ne connaissait que l'ordre normatif de la société. Pour arriver à la notion de la nature conçue comme un ordre causal, il a dû se libérer de l'animisme en découvrant le principe de causalité.

Dans un autre ouvrage ¹ nous avons cherché à démontrer que le principe de causalité est issu de la norme de la rétribution

¹ *Vergeltung und Kausalität*, La Haye, 1940 ; traduit en anglais sous le titre *Society and Nature* (Chicago, 1943) et en espagnol sous le titre *Sociedad y Naturaleza* (Buenos-Aires, 1945). Voir aussi notre article *Causality and Imputation*, dans la revue *Ethics*, vol. 61, 1950, p. 1-11.

qui établit une relation entre la bonne conduite et la récompense, entre la mauvaise action et la punition. Or cette relation est fondée sur le principe d'imputation, de telle sorte que la notion de causalité serait en dernière analyse le résultat d'une transformation de la notion d'imputation. Le début de cette transformation doit être cherché dans les théories des premiers philosophes de la Grèce antique. Il est tout à fait significatif à cet égard que la cause ait été désignée en grec par le mot *αἴτια* qui avait primitivement le sens de culpabilité. On considérerait donc que la cause est responsable de l'effet et que celui-ci est imputé à la cause comme la punition est imputée au crime.

Une des premières formulations du principe de causalité se trouve dans le célèbre passage d'Héraclite : « Le soleil ne transgressera pas les limites qui lui sont prescrites, sinon les Erinnyes, servantes de la justice, le poursuivront »¹. La loi naturelle qui est ainsi formulée est encore très proche d'une norme juridique qui dirait : « Si le soleil s'écarte du chemin qui lui est prescrit, il doit être puni. » Mais le moment décisif dans le passage d'une interprétation normative à une explication causale de la nature est celui où l'homme s'est rendu compte que les rapports entre les choses sont indépendants de toute volonté divine ou humaine et qu'ils se distinguent par là des rapports entre les hommes, tels qu'ils sont réglés par des normes.

Il a fallu cependant une longue évolution pour que le principe de causalité se libère complètement du principe d'imputation et de toute trace de raisonnement animiste. Ainsi l'idée était encore très répandue au début de ce siècle qu'il y a une nécessité absolue dans la relation de cause à effet. C'était là certainement un résidu de la conception animiste pour laquelle l'effet est relié à la cause par une volonté absolue, une autorité toute puissante.

¹ Fragment 29 : ἡλίου οὐκ ἐπερβήσεται μέτρα· εἰ δὲ μή. Ἐρινύες μὲν Δίκης ἐπίκουροι ἐξευρήσονται.

e) *Sciences causales et sciences normatives.*

Le principe de causalité a aussi été appliqué aux comportements humains considérés comme des faits appartenant à l'ordre causal de la nature ; d'où la constitution de sciences causales telles que la psychologie, l'ethnologie, l'histoire ou la sociologie, qui cherchent à expliquer les comportements humains en établissant entre eux des relations de cause à effet. Nous n'avons pas à examiner ici dans quelle mesure ces sciences peuvent atteindre leur but. Bien que par leur objet elles appartiennent au groupe des sciences sociales, elles sont des sciences causales, au même titre que la physique, la biologie ou la physiologie. Elles ne s'en distinguent que par le degré moins élevé de précision qu'elles ont pu atteindre jusqu'ici.

D'autres sciences sociales n'appliquent pas le principe de causalité, mais celui d'imputation. Elles étudient les comportements humains non pas tels qu'ils se déroulent effectivement dans l'ordre causal de la nature, mais en relation avec des normes prescrivant comment ils doivent se dérouler. Ce sont donc des sciences normatives, parmi lesquelles nous trouvons l'éthique et la science du droit.

Qu'une science soit dite normative ne signifie pas qu'elle ait à prescrire une conduite déterminée, à édicter des normes applicables à la conduite des individus. Son rôle est seulement de décrire des normes et les relations sociales qu'elles établissent. Le savant qui les étudie n'est pas une autorité sociale ; il cherche à comprendre des faits et non à diriger la société.

Pour une science normative une société est un ordre normatif (moral, religieux ou juridique) constitué par un ensemble de normes. Un individu est soumis à un ordre normatif dans la mesure où sa conduite est réglée par les normes d'un tel ordre. Un ordre normatif est efficace quand, d'une manière générale, les individus auxquels il s'adresse se conforment à ses normes. Si dans un ordre réellement efficace une condition déterminée dans une norme se réalise, il est probable que la conséquence prescrite dans la même norme se réalisera également. Il serait

cependant difficile d'admettre qu'une proposition de ce genre puisse avoir le caractère d'une véritable loi naturelle, comparable à celle de la dilatation des métaux sous l'effet de la chaleur. Nous n'avons d'ailleurs pas à nous prononcer ici sur ce point, car les sciences sociales normatives ne s'intéressent pas aux relations causales qui peuvent exister entre les phénomènes sociaux.

f) *Lois causales et lois normatives.*

Aussi bien le principe de causalité que celui d'imputation se présentent sous la forme de jugements hypothétiques établissant une relation entre une condition et une conséquence. Mais la nature de cette relation n'est pas la même dans les deux cas. Indiquons d'abord la formule du principe de causalité : « si la condition A se réalise, la conséquence B se produira », ou pour prendre un exemple concret : « si un métal est chauffé, il se dilatera ». Le principe d'imputation se formule de façon différente : « si la condition A se réalise, la conséquence B doit se produire ». En voici quelques exemples tirés du domaine des lois morales, religieuses ou juridiques : « si quelqu'un vous rend un service, vous devez lui en être reconnaissant », « si quelqu'un donne sa vie pour la patrie, sa mémoire doit être honorée », « celui qui commet un péché doit faire pénitence », « le voleur doit être emprisonné ».

Dans le principe de causalité la condition est une cause et la conséquence son effet. De plus aucun acte, humain ou surhumain, n'intervient. Dans le principe d'imputation au contraire la relation entre la condition et la conséquence est établie par des actes humains ou surhumains. D'autre part chaque cause concrète est elle-même l'effet d'une autre cause et chaque effet la cause d'un autre effet. Il y a donc par définition des chaînes infinies de causes et d'effets et chaque événement est le point d'intersection d'un nombre infini de chaînes causales.

Il en va tout autrement dans le cas de l'imputation. La

condition à laquelle on impute une conséquence morale, religieuse ou juridique n'est pas nécessairement une conséquence imputable à une autre condition. Si les chaînes de la causalité ont un nombre infini de chaînons, celles de l'imputation n'en ont que deux. Le bienfait auquel on impute la gratitude, le péché auquel on impute la pénitence, le vol auquel on impute l'emprisonnement, toutes ces conditions auxquelles une conséquence morale, religieuse ou juridique est imputée, sont le point final de l'imputation.

La causalité au contraire ne connaît pas de point final. L'idée d'une cause première, analogue au point final de l'imputation, est incompatible avec la notion de causalité, du moins telle que la physique classique la conçoit. Elle est un résidu de l'époque où le principe de causalité ne s'était pas encore complètement libéré du principe d'imputation.

g) *Causalité et imputation.*

La différence fondamentale entre la causalité et l'imputation est donc que l'imputation a un point final, tandis que la causalité n'en a pas. En d'autres termes la nature est le domaine de la nécessité, tandis que la société est celui de la liberté. Considéré comme un élément de la nature l'homme n'est pas libre, car sa conduite est déterminée par des lois causales. En revanche, quand un de ses actes est jugé à la lumière d'une loi morale, religieuse ou juridique, qu'il s'agisse d'une bonne action, d'un péché ou d'un crime, on impute à cet acte la conséquence (récompense, pénitence ou punition) déterminée par la loi envisagée, mais l'acte lui-même n'est pas imputé à quelque chose ou à quelqu'un d'autre.

Sans doute dit-on dans le langage courant qu'une bonne action, un péché ou un crime est imputé à son auteur, mais cela signifie seulement que l'auteur de la bonne action doit être récompensé, que le pécheur doit faire pénitence et que le criminel doit être puni. La bonne action, le péché ou le crime ne peut pas être détaché de son auteur pour lui être imputé.

Déterminer qui a accompli telle bonne action, qui a commis tel péché ou tel crime, n'est pas un problème d'imputation ; c'est une question de fait.

Le véritable problème que l'imputation doit résoudre est de déterminer qui est responsable d'une bonne action, d'un péché ou d'un crime, en d'autres termes qui doit être récompensé, faire pénitence ou être puni. La récompense, la pénitence ou la punition est la conséquence d'une condition spécifique à laquelle elle est imputée. Cette imputation ne peut certes pas faire abstraction de l'auteur de la bonne action, du péché ou du crime, car c'est lui qui doit être récompensé, faire pénitence ou être puni. Mais ce qui est décisif, c'est qu'à l'inverse de la causalité l'imputation trouve son point final dans un comportement humain, dont une norme morale, religieuse ou juridique fait la condition d'une conséquence spécifique.

h) *Imputation et liberté.*

Ceci nous amène à considérer le problème de la liberté attribuée à l'homme en sa qualité de membre d'une société, de personne soumise à un ordre moral, religieux ou juridique. Par liberté on entend généralement le fait de n'être pas soumis au principe de causalité, celle-ci étant conçue, à l'origine tout au moins, comme une nécessité absolue. On déclare que l'homme est libre ou que sa volonté est libre, parce que sa conduite n'est pas soumise aux lois causales et l'on en déduit qu'il peut être rendu responsable de ses actes, qu'il peut être récompensé, faire pénitence ou être puni. La liberté serait ainsi la condition même de l'imputation morale, religieuse ou juridique.

Or c'est le contraire qui est vrai. L'homme n'est libre que dans la mesure où sa conduite, malgré les lois causales qui la déterminent, devient le point final d'une imputation, c'est-à-dire la condition d'une conséquence spécifique (récompense, pénitence ou punition).

On a souvent voulu sauver le libre arbitre en cherchant à prouver que la volonté humaine n'est pas soumise au principe

de causalité, mais de tels efforts ont toujours été vains. On a prétendu, par exemple, que chaque homme fait en lui-même l'expérience du libre arbitre. Cette expérience n'est cependant qu'une illusion. Il n'est pas moins erroné d'affirmer l'impossibilité logique de soumettre la volonté au principe de causalité pour la raison qu'elle ferait partie du moi et que le moi, sujet de la connaissance, échapperait à toute connaissance, y compris la connaissance causale. En fait la volonté est un phénomène psychologique que chacun peut observer dans sa propre expérience et dans celle d'autrui en recourant au principe de causalité. Or l'affirmation que le libre arbitre existe ne saurait avoir un sens que si elle se rapporte à la volonté conçue comme un phénomène objectif, se rattachant au moi en tant qu'objet (et non sujet) de la connaissance. En revanche il est bien évident que le moi sujet de la connaissance échappe comme tel à la connaissance causale, car il ne peut pas être en même temps sujet et objet de la connaissance.

Des physiciens modernes prétendent que certains phénomènes, tels que la réflexion d'un électron particulier lors de l'impact avec un cristal, ne sont pas soumis au principe de causalité. Admettons que leur interprétation soit juste. Il n'en découle cependant pas que la volonté de l'homme soit elle aussi soustraite au principe de causalité. Les deux cas n'ont rien de commun. En fait l'affirmation que le libre arbitre existe ne vaut pas pour le domaine de la réalité naturelle, mais pour celui de la validité d'un ordre normatif (moral, religieux ou juridique). Elle n'a pas la signification purement négative que la volonté de l'homme n'est pas soumise au principe de causalité. Elle exprime l'idée positive que l'homme est le point final d'une imputation.

Si la conduite des hommes devait être soustraite aux lois causales pour pouvoir être soumise au principe d'imputation, la causalité, au sens de nécessité absolue, serait naturellement incompatible avec la liberté et un fossé infranchissable séparerait les partisans du déterminisme et ceux du libre arbitre. Il n'y a pas en revanche de contradiction entre le déterminisme

et le libre arbitre, si la liberté de la volonté humaine est entendue dans le sens que nous lui donnons. Rien n'empêche en effet d'appliquer à la conduite des hommes deux schémas d'interprétation différents.

Pour les lois causales les comportements humains font partie du domaine de la nature. Ils sont entièrement déterminés par les causes dont ils sont les effets. Ne pouvant échapper à la nature et à ses lois, l'homme ne jouit d'aucune liberté. Mais les mêmes comportements peuvent aussi être interprétés à la lumière de normes sociales, soit de lois morales, religieuses ou juridiques, sans qu'il faille pour autant renoncer au déterminisme. On ne saurait exiger sérieusement qu'un criminel ne soit pas puni ou qu'un héros ne soit pas récompensé, pour la raison que le crime de l'un ou l'acte héroïque de l'autre ne serait que l'effet de certaines causes. Inversement l'imputation d'une punition à un crime ou d'une récompense à un acte héroïque n'exclut pas l'idée d'une détermination causale des comportements humains, car le régime même des punitions et des récompenses a été institué dans l'idée que la crainte de la punition ou le désir de la récompense peut avoir pour effet d'amener les hommes à ne pas commettre de crimes ou à accomplir des actes héroïques.

Si donc l'homme est libre dans la mesure où il peut être le point final d'une imputation, cette liberté, qui lui est attribuée dans l'ordre social, n'est pas incompatible avec la causalité à laquelle il est soumis dans l'ordre de la nature. De plus le principe d'imputation utilisé par les normes morales, religieuses et juridiques pour régler la conduite des hommes, présuppose lui-même le déterminisme des lois causales.

Telle est la solution, non pas métaphysique, mais purement rationaliste, que nous donnons au problème de la liberté. Elle montre qu'il n'y a pas de véritable conflit entre la nécessité et la liberté. Là où l'on opposait deux philosophies prétendues inconciliables (la philosophie rationaliste et empirique du déterminisme et la philosophie métaphysique de la liberté), nous voyons deux méthodes parallèles de connaissance, fondée

l'une sur la causalité et l'autre sur l'imputation, mais toutes deux rationalistes et empiriques.

i) *Application des normes sociales à des faits autres que des comportements humains.*

Dans son sens primitif le principe d'imputation établit une relation entre deux actes émanant soit de deux individus différents (celui qui a accompli une bonne action et celui qui lui donne une récompense ; celui qui a commis un crime et celui qui le punit), soit d'un seul et même individu (celui qui doit faire pénitence étant celui-là même qui a commis un péché). Dans les deux cas l'acte prescrit est conditionné par un autre acte. On rencontre cependant des normes sociales dans lesquelles l'acte prescrit est conditionné partiellement ou entièrement par des faits autres que des comportements humains. Ainsi des peines différentes sont prévues pour l'assassinat et pour la tentative de tuer qui a échoué, mais le comportement du coupable peut être le même dans les deux cas. La différence dans la peine résulte alors d'un fait extérieur : la mort ou la survie de l'individu qui devait être tué, ce fait étant un phénomène physiologique et non un élément de la conduite du coupable. De même quand il y a obligation de réparer un dommage matériel, ce dommage est un fait extérieur au comportement de celui qui l'a causé.

Dans ces deux exemples l'acte prescrit par la norme est conditionné à la fois par un comportement humain et par un fait extérieur à ce comportement. Certaines normes vont plus loin et font abstraction de tout comportement humain. Une religion primitive peut, par exemple, prescrire d'immoler un être humain aux dieux quand une épidémie se répand dans le pays. Or une épidémie n'a en aucune manière le caractère d'un comportement humain.

Relevons enfin que la sanction prescrite par une norme juridique est conditionnée par un acte illicite, mais qu'elle peut frapper un individu autre que l'auteur de l'acte. Aucun élément

de la conduite de celui contre lequel la sanction est dirigée ne figure alors parmi les conditions de cette sanction. L'individu en question est seulement responsable de la conduite d'autrui et comme tel il est l'objet de la sanction sans avoir été l'auteur de l'acte illicite auquel elle est imputée.

j) *Normes catégoriques.*

Comme nous venons de le voir, l'imputation ne relie pas seulement un acte prescrit ou autorisé à un comportement qui en est la condition. Il peut aussi le relier à un fait d'une autre nature. Nous avons alors une extension du sens primitif de l'imputation, la conduite prescrite pouvant être imputée à n'importe quelle condition se réalisant dans le domaine de la nature.

Est-il possible d'aller plus loin et d'admettre l'existence de normes sociales prescrivant une conduite déterminée sans condition ou, ce qui revient au même, en toute circonstance ? Tel serait-il par exemple le cas des normes prescrivant une omission : « tu ne mentiras pas », « tu ne tueras pas », « tu ne commettras pas d'adultère » ? Si ces normes avaient véritablement le caractère de normes catégoriques, il serait impossible d'y découvrir une relation entre une condition et une conséquence et le principe d'imputation ne s'appliquerait pas.

Il est clair qu'on ne peut pas prescrire une action déterminée sans conditions, car une action ne peut se dérouler que dans des conditions déterminées. Mais il en va de même pour les normes prescrivant une omission. On ne peut pas mentir, tuer ou commettre un adultère n'importe où et n'importe comment. Les normes interdisant le mensonge, le meurtre ou l'adultère ne peuvent être violées ou observées que dans certaines conditions déterminées. S'il fallait admettre qu'elles établissent des obligations catégoriques, on pourrait les observer en dormant et le sommeil serait l'état idéal au point de vue moral. L'omission d'un acte est conditionnée par l'ensemble des circonstances dans lesquelles cet acte peut être accompli. De plus toute interdiction

est accompagnée de certaines réserves. Même les normes les plus fondamentales, telles que l'interdiction de mentir, de tuer ou de voler, comportent des réserves importantes, car il y a des circonstances où il est permis de mentir, de tuer ou de voler.

Nous pouvons donc affirmer que toute norme sociale, qu'elle prescrive une action ou une omission, est applicable seulement dans des conditions déterminées. Elle établit toujours une relation entre une condition et une conséquence et elle prescrit que la conséquence *doit* suivre la condition. Tel est l'énoncé du principe d'imputation, qui est dans le domaine social le pendant du principe de causalité applicable au domaine de la nature.

3. OBJET DE LA SCIENCE DU DROIT.

Ayant établi que la science du droit est une science normative et non une science de la nature, nous allons essayer de définir quel est son objet particulier. Relevons tout d'abord qu'elle étudie le droit sous son double aspect statique et dynamique, car il peut être considéré tantôt à l'état de repos, comme un système établi, tantôt dans son mouvement, dans la série des actes par lesquels il est créé puis appliqué.

Au point de vue statique le droit apparaît comme un ordre social, comme un système de normes réglant la conduite mutuelle des hommes. Il est le sens particulier qui s'attache aux actes par lesquels les normes juridiques sont créées. Pour exprimer ce sens particulier on dit que les normes juridiques s'appliquent à des individus, qu'elles les obligent ou les autorisent à faire certains actes ; on parle aussi de leur validité.

a) *La validité d'une norme.*

La validité d'une norme positive n'est autre chose que le mode particulier de son existence. Une norme positive existe quand elle est valable, mais il s'agit d'une existence spéciale, différente de celle des faits naturels, encore qu'elle soit en étroite relation avec de tels faits. Pour qu'une norme positive existe,

il faut qu'elle ait été créée par un acte, à savoir par un fait naturel se déroulant dans l'espace et dans le temps. En outre une norme règle la conduite d'individus ; elle s'applique donc à des faits qui eux aussi se déroulent dans l'espace et dans le temps.

Chaque norme doit déterminer dans quel lieu et à quel moment la conduite prescrite par elle doit se réaliser, de telle sorte que sa validité a un caractère à la fois spatial et temporel. Quand une norme est valable seulement pour un lieu et un temps déterminés, elle ne s'applique qu'à des faits se déroulant dans ce temps et dans ce lieu. Sa validité spatiale et temporelle est limitée. En revanche quand une norme est valable toujours et partout, elle s'applique à des faits, quels que soient le lieu et le temps où ils se produisent. Sa validité est illimitée, mais cela ne signifie pas qu'elle soit indépendante de l'espace et du temps, car les faits auxquels la norme s'applique se déroulent toujours dans un lieu et un temps déterminés.

Une norme n'a pas seulement une validité spatiale et une validité temporelle. Elle a aussi une validité matérielle, si l'on considère les faits particuliers, les divers comportements auxquels elle s'applique, qu'ils soient d'ordre religieux, économique ou politique. Elle a enfin une validité personnelle, eu égard aux individus dont elle règle la conduite. Ces deux validités, matérielle et personnelle, sont illimitées quand la norme peut s'appliquer à tout fait quel qu'il soit ou à l'humanité entière. Tel est le cas lorsque la constitution d'un État fédéral répartit la matière des normes juridiques entre l'État central et les divers États fédérés ou lorsqu'une norme morale s'adresse en principe à tout être humain.

Il existe encore une autre relation entre la validité d'une norme et les faits auxquels elle s'applique. Nous verrons plus loin qu'une norme cesse d'être valable quand les individus dont elle règle la conduite ne l'observent pas dans une mesure suffisante¹. L'efficacité d'une norme est donc une condition de sa validité.

¹ Voir page 121.

b) *L'acte et sa signification.*

Si toute norme suppose un acte par lequel elle a été créée et des faits auxquels elle s'applique, on ne peut cependant l'identifier ni avec cet acte, ni avec ces faits. Il est notamment indispensable de distinguer aussi nettement que possible la norme et l'acte par lequel elle a été créée. Cela ne présente d'ailleurs pas de difficulté pour le juriste, car il est habitué à voir deux choses différentes dans la procédure législative et dans la loi qui en est le résultat.

Si l'on analyse l'un quelconque des faits dits juridiques (décision parlementaire, acte administratif, arrêt judiciaire, contrat ou délit), on peut distinguer deux éléments : d'une part un acte, perceptible par les sens, qui se déroule dans l'espace et dans le temps, un événement extérieur consistant le plus souvent en un comportement humain ; d'autre part un sens, une signification spécifique, en quelque sorte inhérente à cet acte ou à cet événement. Des hommes se réunissent dans une salle, prononcent des discours, les uns se lèvent, les autres restent assis : ces événements extérieurs signifient qu'une loi a été votée. Un homme revêtu d'une robe s'adresse d'une place surélevée à un autre homme qui se tient devant lui : cela signifie qu'un jugement a été prononcé. Un commerçant envoie une lettre à un autre commerçant et en reçoit une en retour : ils ont conclu un contrat. Un homme agit de manière à causer la mort d'autrui : cela constitue en droit un assassinat ou l'exécution d'une condamnation à mort.

L'acte est un phénomène extérieur. Sa signification en revanche n'est pas perceptible par la vue ou par l'ouïe, à la façon dont on perçoit les propriétés d'un objet, sa couleur, sa dureté ou son poids. Sans doute, dans la mesure où l'acte s'exprime par des mots du langage oral ou écrit, peut-il fournir lui-même des indications sur sa propre signification. C'est même là une des particularités des faits étudiés par les sciences sociales et notamment par la science du droit. Une plante ne peut rien communiquer sur elle-même au botaniste qui l'examine ; elle ne

cherche pas à donner d'elle-même une interprétation scientifique. Un acte social au contraire peut très bien se prononcer sur sa propre signification, car son auteur lui attribue un certain sens, qui s'exprime d'une manière ou d'une autre et qui est compris par ceux auxquels l'acte s'adresse. Les membres d'un parlement peuvent annoncer leur volonté de voter une loi et deux commerçants celle de conclure un contrat. La science du droit se trouve ainsi le plus souvent en présence d'une interprétation qui est fournie par les faits eux-mêmes et qui anticipe sur celle qu'un examen scientifique devra établir.

Aussi est-il indispensable de distinguer entre le sens subjectif d'un acte et celui qu'il a objectivement. Ces deux sens peuvent, mais ne doivent pas nécessairement coïncider. L'acte qui rendit célèbre le soi-disant capitaine de Köpenick¹ était dans l'idée de son auteur un ordre administratif, mais objectivement il n'était qu'un délit. Une société secrète condamne à mort un individu qu'elle tient pour traître à la patrie et elle charge un homme de confiance d'appliquer la sentence : ce qui à ses yeux est l'exécution d'une condamnation à mort est un crime au regard du droit objectif, mais les faits eux-mêmes ne se distinguent en rien de l'exécution d'une condamnation à mort.

Considéré sous son aspect extérieur, un fait est toujours un phénomène qui se déroule dans l'espace et dans le temps et qui est perceptible par les sens, mais quand il s'agit d'un fait créateur de norme, sa signification objective n'est pas perceptible par les sens ; elle est le résultat d'une interprétation, donc d'une opération intellectuelle. Dans bien des cas cette interprétation objective doit faire abstraction du sens subjectif donné au fait. Quand un agitateur politique incite à tuer un compatriote qu'il tient pour ennemi de la nation, nous ne sommes pas en présence d'une norme moralement obligatoire. En revanche une telle norme se trouve dans la parole du Christ nous exhortant à aimer

¹ Localité des environs de Berlin où en 1906 un cordonnier se procura un uniforme de capitaine et se fit remettre par le maire le contenu de la caisse municipale en prétendant qu'il s'agissait d'un ordre des autorités militaires.

nos ennemis. Il s'agit là d'une norme positive, car elle a été établie, d'après l'Évangile, dans le Sermon sur la montagne, soit par un acte qui s'est déroulé à une époque et en un lieu déterminés. Mais pour que cet acte constitue une norme morale, il faut supposer l'existence d'une autre norme prescrivant d'obéir aux commandements du Christ. Il y a donc à la base de l'ensemble de ces commandements une norme fondamentale prescrivant de se conduire de la manière indiquée par le Christ. Cette norme fondamentale n'est pas une norme positive, car elle n'a pas été « posée » ; elle est seulement supposée. L'incitation au meurtre émanant d'un agitateur politique n'a pas la signification d'une norme morale, car elle n'est pas fondée sur une autre norme qui conférerait directement ou indirectement à cet agitateur l'autorité d'édicter des normes obligatoires.

On retrouve la même différence entre l'acte d'un brigand qui contraint sa victime à lui verser une somme d'argent et celui d'un fonctionnaire obligeant un contribuable à payer ses impôts. Subjectivement les deux actes ont la même signification, mais objectivement le second seul constitue une norme juridique, car des normes d'un caractère général créent l'obligation de payer des impôts et attribuent la qualité de fonctionnaire au percepteur. A leur tour ces normes générales ont été créées par des actes qui sont interprétés comme des applications de la constitution. La validité de la loi fiscale repose donc sur la constitution et la validité du commandement de payer l'impôt découle de cette loi, tandis que l'injonction du brigand n'est pas une norme juridique valable, car elle n'est pas fondée sur la constitution.

Autre exemple : comment distinguer l'exécution d'une condamnation à mort d'un assassinat ? Extérieurement ces deux faits sont semblables. Seule une opération intellectuelle, la confrontation du fait avec le code pénal et le code de procédure pénale, permet de voir dans le premier un acte étatique et dans le second un crime. De même un échange de lettres constitue la conclusion d'un contrat s'il est conforme aux règles du code civil et le document que nous appelons le code civil est une loi s'il a

été adopté par l'organe législatif institué par la constitution en suivant la procédure prescrite à cet effet. La constitution à son tour peut avoir été établie conformément aux règles contenues dans une constitution antérieure, mais il y aura toujours une première constitution au delà de laquelle il n'est pas possible de remonter.

Mais alors, pourquoi, demandera-t-on, faut-il observer les règles contenues dans cette première constitution ? Pourquoi ont-elles la signification objective de normes juridiques ? L'acte par lequel la première constitution a été créée ne peut être interprété comme l'application d'une norme juridique antérieure. Il est donc le fait fondamental de l'ordre juridique issu de cette constitution. Son caractère juridique peut seulement être supposé et l'ordre juridique tout entier est fondé sur la supposition que la première constitution était un ensemble de normes juridiques valables.

Cette supposition est elle-même une norme, car elle signifie qu'il faut observer les règles contenues dans la première constitution. Elle est ainsi la norme fondamentale de l'ordre juridique issu de cette constitution. Elle n'est cependant pas une norme du droit positif, n'ayant pas été « posée », mais seulement supposée. Nous reviendrons plus loin sur sa signification et sur le rôle qu'elle joue dans un ordre juridique¹, mais nous pouvons déjà affirmer que pour attribuer à certains faits la qualité de faits créateurs de normes valables, il faut supposer l'existence d'une norme fondamentale. En d'autres termes la validité de toute norme positive, qu'elle soit morale ou juridique, dépend de l'hypothèse d'une norme non positive se trouvant à la base de l'ordre normatif auquel la norme positive appartient.

Une norme fondamentale confère à un fait fondamental, tel que les commandements du Christ ou l'établissement de la première constitution d'un État, la qualité de fait créateur de normes. Elle a un caractère purement formel, car elle ne

¹ Voir page 116.

représente en elle-même aucune valeur morale ou juridique, mais elle permet la création de telles valeurs par le moyen de normes positives.

L'existence ou, ce qui revient au même, la validité des normes positives (en particulier celle des normes juridiques) ne dépend pas seulement de la supposition d'une norme fondamentale, mais aussi, comme nous l'avons vu, de faits se déroulant dans l'espace et dans le temps, à savoir des actes par lesquels ces normes sont créées puis appliquées. Les normes juridiques expriment la signification de certains faits et ceux-ci sont à leur tour déterminés par d'autres normes juridiques. Pour décrire cet ensemble de relations la science du droit formule des propositions qui peuvent être vérifiées par l'expérience. Elles sont donc vraies ou fausses, à l'instar des propositions par lesquelles une science de la nature décrit son objet. On peut ainsi considérer le droit positif, objet de la science juridique, comme une réalité spécifique. Cette réalité juridique se distingue de la réalité naturelle par sa signification normative spécifique fondée sur une norme fondamentale supposée.

Le sens subjectif des actes créateurs de droit est de prescrire ou de permettre une conduite déterminée. Leur sens objectif, tel qu'il est dégagé par la science du droit, est d'être des normes juridiques. Ces normes s'expriment à l'aide de formules diverses. Elles peuvent recourir à la forme impérative (« tu paieras tes dettes », « tu ne voleras pas », « tu puniras le voleur ») ou se borner à constater que le voleur est puni, sera puni ou doit être puni. Quand il s'agit de permettre une conduite déterminée, elles peuvent déclarer que chacun a le droit de se comporter de telle ou telle manière, mais elles peuvent aussi omettre simplement d'interdire cette conduite. Le plus souvent la formule employée par le législateur manque de clarté et il est difficile de déterminer si elle a le sens subjectif d'une prescription ou celui d'une permission. Ainsi tel code pénal définira d'abord un délit en disant, par exemple, que le vol est l'enlèvement d'un objet mobilier sans le consentement de son pro-

priétaire, puis il déclarera que le voleur est passible d'un emprisonnement de six mois à dix ans. Cette peine est-elle alors prescrite ou seulement permise?

Le juriste appelé à déterminer le sens objectif de l'acte du législateur dira : « celui qui enlève un objet mobilier sans le consentement de son propriétaire doit être puni d'un emprisonnement de six mois à dix ans par l'autorité compétente ». Le mot « doit » laisse alors ouverte la question de savoir s'il s'agit d'une norme juridique prescrivant ou permettant une conduite déterminée.

c) *Le droit est un système de normes.*

Considéré au point de vue statique le droit est seulement un système de normes auxquelles les hommes se conforment ou ne se conforment pas. Les actes par lesquels ces normes sont créées et ceux auxquels elles se rapportent ne relèvent du droit ainsi conçu que dans la mesure où ils sont déterminés par des normes juridiques. Ils ont à ce titre le caractère d'actes juridiques, mais ils ne font pas partie du système des normes juridiques.

En adoptant une loi le parlement applique la constitution ; il accomplit un acte législatif conforme à la constitution, mais le droit n'est pas constitué par cet acte. Il l'est seulement par la constitution et par la loi adoptée par le parlement. De même quand le juge, se fondant sur le code pénal, prononce une condamnation à mort et quand le bourreau exécute la sentence, les actes de ces deux fonctionnaires sont conformes au droit ; ils sont des actes juridiques par lesquels le droit est appliqué, mais le droit lui-même n'agit pas. C'est l'homme qui agit en observant ou en violant le droit.

En revanche si nous considérons le droit au point de vue dynamique, soit la manière dont il est créé et appliqué, nous devons mettre l'accent sur les comportements humains auxquels les normes juridiques se rapportent. Ces normes sont créées et appliquées par des hommes et les actes qu'ils accom-

plissent à cet effet sont réglés par des normes juridiques. Le droit a cette particularité qu'il règle sa propre création et sa propre application. La constitution règle la législation, soit la création des normes juridiques générales sous forme de lois. Les lois règlent les actes créateurs de normes juridiques particulières (décisions judiciaires, actes administratifs, actes juridiques du droit privé). Enfin les actes par lesquels les sanctions sont exécutées appliquent des normes juridiques sans en créer de nouvelles. Ils ont eux aussi le caractère d'actes juridiques dans la mesure où ils sont régis par des normes juridiques.

Une théorie dynamique de droit a ainsi pour objet un système d'actes qui sont déterminés par les normes d'un ordre juridique et qui créent ou appliquent de telles normes.

Les actes par lesquels le droit est créé ou appliqué ne sont cependant pas les seuls qui soient déterminés par les normes juridiques. Ainsi un délit n'a ni le caractère d'un acte créateur de droit, ni celui d'un acte d'application du droit. Il en va de même des actes par lesquels on exécute une obligation juridique ou on exerce un droit subjectif. On peut dire que tout comportement humain est directement ou indirectement déterminé par le droit. Lorsque tel acte d'un individu n'est pas interdit par une norme juridique, le droit positif impose à tous les autres individus l'obligation de ne pas en empêcher l'accomplissement. Une conduite qui n'est pas juridiquement interdite est juridiquement permise et en ce sens elle est indirectement déterminée par le droit. La seule conduite directement déterminée par le droit est alors celle qui a pour effet d'empêcher l'accomplissement d'un acte permis par lui.

L'affirmation que la conduite des hommes est entièrement déterminée par le droit ne signifie pas que cette conduite soit nécessairement motivée par les notions que les hommes se sont formées des normes juridiques. Elle veut dire que les normes d'un ordre juridique se rapportent à tous les comportements des individus régis par cet ordre, qu'elles les déterminent de façon normative et non causale. En d'autres termes il n'y

a pas de comportement humain qui ne puisse être jugé d'un point de vue juridique ou auquel le droit positif, national ou international, ne soit applicable. Il en résulte qu'un ordre juridique ne peut pas avoir de lacunes¹.

La science juridique peut donc donner du droit une double définition suivant qu'elle se place au point de vue d'une théorie statique ou à celui d'une théorie dynamique. Dans le premier cas, le droit apparaît comme un ensemble de normes déterminant des comportements humains et dans le second comme un ensemble de comportements humains déterminés par des normes. La première formule met l'accent sur les normes, la seconde sur les comportements humains, mais toutes deux indiquent que la science du droit a pour objet des normes créées par des individus ayant qualité d'organes ou de sujets d'un ordre juridique, ou, ce qui revient au même, d'organes ou de membres de la communauté constituée par un tel ordre.

d) *Norme juridique et règle de droit.*

Contre la thèse que les normes juridiques constituent l'objet de la science du droit on a fait valoir que ces normes sont seulement l'instrument utilisé par le juriste pour décrire le droit. De même que les sciences de la nature recourent aux lois causales pour expliquer les phénomènes naturels, la science du droit expliquerait la conduite des hommes à l'aide des normes juridiques. Cette objection provient d'une confusion entre la norme juridique et la règle de droit.

Par règles de droit (*Rechtssätze*) nous entendons les propositions par lesquelles la science juridique décrit son objet, celui-ci étant constitué par les normes juridiques telles qu'elles ont été créées par des actes juridiques. Si l'on considère que les règles de droit sont elles aussi des normes, on emploie le terme de norme non pas dans son sens originel, mais dans un sens descriptif. Les règles de droit ne sont pas créées par des

¹ Nous reviendrons plus loin sur la question des lacunes (page 142).

actes juridiques, c'est-à-dire par des individus ayant qualité d'organes ou de membres d'une communauté juridique ; elles sont formulées par des juristes désireux de comprendre et de décrire le droit, mais n'agissant pas dans leur activité scientifique en qualité d'organes ou de membres de la communauté juridique qu'ils étudient.

Le rôle des organes et des membres d'une communauté juridique est de créer ou d'appliquer des normes juridiques réglant la conduite des individus qui font partie de cette communauté. Il n'est pas de décrire ces normes, ni de chercher à en acquérir une connaissance scientifique. Sans doute est-il nécessaire, pour créer une norme juridique, de disposer d'un certain nombre de connaissances : le législateur doit connaître la matière qu'il veut régler, le juge doit constater les faits à propos desquels il rendra son jugement. Mais au point de vue du droit ces connaissances préalables ne jouent pas un rôle essentiel. Seule importe la norme générale créée par le législateur ou la norme individuelle créée par le juge sur la base des connaissances qu'ils ont acquises. Un membre d'un parlement peut n'avoir qu'une connaissance très superficielle des propositions sur lesquelles il est appelé à se prononcer, mais sa décision influera sur celle du parlement.

Le juriste au contraire a pour tâche de connaître le droit, de le décrire à l'aide de règles de droit. Tandis que la norme juridique impose des obligations et confère des droits subjectifs, la règle de droit ne saurait avoir un tel effet. Elle peut seulement être vraie ou fausse. Si une norme juridique prescrit la peine de mort en cas de vol, on peut la tenir pour juste ou injuste, mais cela n'aurait aucun sens de dire qu'elle est vraie ou fausse. En revanche si un juriste, voulant décrire cette norme, formulait une règle de droit disant : « celui qui commet un vol doit être condamné à une peine d'emprisonnement », une telle règle de droit serait fausse.

La règle de droit est donc dans la science juridique l'équivalent de la loi causale dans les sciences de la nature. Elle est l'instrument par lequel la science du droit décrit son objet

constitué par les normes juridiques créées et appliquées dans le cadre d'un ordre juridique. La règle de droit est un acte de connaissance, tandis que la norme juridique est un acte de volonté.

Il s'ensuit que la règle de droit n'est pas un impératif, mais un jugement hypothétique, ainsi que nous l'avons démontré dans un de nos premiers ouvrages¹. En revanche la norme juridique peut très bien se présenter sous la forme d'un impératif, car le rôle des organes législatifs, judiciaires ou administratifs, qui créent et appliquent des normes juridiques, n'est pas de connaître et de décrire ces normes, mais de prescrire ou d'autoriser une conduite déterminée. L'agent de police qui par un coup de sifflet ordonne à un automobiliste de s'arrêter, crée une norme juridique individuelle. La loi prescrivant au tribunal de police d'infliger une amende à l'automobiliste qui ne s'est pas soumis aux ordres d'un agent de police, est une norme générale, quelle que soit la forme grammaticale sous laquelle elle se présente. Même ce qu'on appelle le « jugement » d'un tribunal n'est pas un véritable jugement au sens logique de ce mot. C'est une norme juridique prescrivant une conduite déterminée aux individus auxquels elle s'adresse.

La situation est différente quand un juriste, décrivant le droit relatif à la circulation des automobiles, formule une proposition disant : « si un automobiliste ne se conforme pas aux ordres d'un agent de police, un tribunal de police doit lui infliger une amende ». Une telle proposition est un véritable jugement hypothétique ; elle n'est pas une norme juridique, mais une règle de droit. Si l'automobiliste appelé à comparaître devant le tribunal consulte un avocat, celui-ci lui dira : « si vous n'avez pas obéi à l'agent de police, le tribunal doit vous infliger une amende ». L'avocat énoncera ainsi une règle de droit, son rôle n'étant pas d'édicter des normes juridiques, mais seulement de connaître celles qui sont en vigueur.

¹ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingue, 1911 ; 2^e édition, 1923.

Nous pouvons donc affirmer simultanément que les règles de droit sont des jugements formulés par la science juridique et que l'objet de cette science est constitué par des normes juridiques. Il n'y a là aucune contradiction. Sans doute peut-on considérer que les normes créées et appliquées dans le cadre d'un ordre juridique n'ont le caractère de normes juridiques que s'il leur est reconnu par la science du droit. Il appartenait alors à cette science d'attribuer à certains actes la signification objective de normes juridiques. Mais cela ne nous empêche pas d'affirmer que les normes juridiques forment l'objet de la science du droit ou, ce qui revient au même, que le droit est un système de normes. Une telle définition est en harmonie complète avec la théorie de Kant, pour qui la connaissance constitue ou crée son objet, car il s'agit là d'une création épistémologique et non d'une création par le travail de l'homme, au sens où l'on dit que le législateur crée une loi. De même les phénomènes naturels qui forment l'objet des sciences causales ne sont créés par elles que dans un sens purement épistémologique.

On pourrait objecter que la règle de droit formulée par la science juridique est une répétition superflue de la norme juridique, car elle se borne à en reproduire le contenu. En fait cette reproduction est aussi peu superflue que l'action d'un pianiste jouant une sonate. Celui-ci déploie une activité créatrice, encore qu'elle soit tout à fait différente de celle du compositeur. On dit qu'il interprète la sonate. Telle est exactement la tâche du juriste à l'égard de l'œuvre du législateur.

e) *La règle de droit est une loi sociale.*

Comme nous l'avons vu, les règles de droit sont, à l'instar des lois naturelles, des jugements hypothétiques, donc non catégoriques. Ils établissent une relation entre une condition et une conséquence selon le schéma « si A, alors B ». La nature de cette relation n'est cependant pas la même dans les deux cas. La loi naturelle déclare : « si A est, alors B est ». En d'autres

termes si l'événement A se produit effectivement, l'événement B le suit nécessairement ou probablement. Exemple : « si un corps métallique est chauffé, il se dilate ».

La règle de droit recourt à un schéma différent : « si A est, alors B doit être », c'est-à-dire si l'événement A se produit effectivement, l'événement B doit le suivre (même si effectivement il ne le suit pas). Exemple : « si un individu commet un vol, il doit être condamné à une peine d'emprisonnement ».

Dans la loi naturelle la relation entre la condition et la conséquence est une relation de cause à effet, tandis que dans la règle de droit la conséquence est imputée à la condition. Mais dans les deux cas il s'agit d'un jugement hypothétique et cela permet d'établir une analogie entre la règle de droit et la loi naturelle, entre le principe d'imputation et celui de causalité. L'imputation est le principe des lois sociales par lesquelles les sciences normatives décrivent leur objet. En ce sens la règle de droit est une loi sociale et elle exprime le caractère normatif de son objet en disant que telle conséquence doit suivre telle condition. Seule la circonstance que le droit est un système de normes applicables à la conduite des hommes permet à la règle de droit de décrire ces normes selon le schéma de l'imputation d'une conséquence à une condition.

f) *Droit positif et droit naturel.*

Le droit qui constitue l'objet de la science juridique est le droit positif, soit suivant les cas le droit d'un État particulier ou le droit international. Seul un ordre juridique positif peut être décrit par des règles de droit et une règle de droit se rapporte nécessairement à un tel ordre. La règle de droit qui affirme : « si quelqu'un commet un vol, un tribunal doit le punir », n'a un sens que dans le cadre d'un ordre juridique déterminé. Pour être tout à fait explicite elle doit être précisée, en disant par exemple : « si l'organe législatif de l'État français a édicté une norme générale prescrivant à tout tribunal français de punir ceux qui commettent un vol dans le territoire

soumis à sa juridiction, et si le tribunal compétent au regard de cette norme générale constate qu'un individu a commis un vol, il doit le condamner à la peine fixée par l'organe législatif de l'État français ».

Il serait vain de décrire les phénomènes naturels à l'aide de propositions normatives. Dire qu'un métal chauffé *doit* se dilater n'a pas de sens, car la relation entre la chaleur et la dilatation, telle qu'elle est décrite par des lois physiques selon le principe de causalité, n'est pas établie par un acte de volonté ayant la signification d'une norme, comme c'est le cas pour les règles de droit. Entre un vol et la punition du voleur il n'y a pas une relation de cause à effet, mais une relation fondée sur le principe d'imputation. Elle suppose l'existence d'une norme prescrivant de punir les voleurs et appartenant au droit positif, c'est-à-dire établie par un acte de volonté accompli dans l'espace et dans le temps. D'autre part cette norme n'est pas affectée par la constatation que bien des vols sont commis sans que le voleur ne soit puni.

L'erreur caractéristique de la doctrine du droit naturel¹ est d'ignorer cette différence entre la nature et le droit, ou plus exactement entre les lois causales formulées par les sciences de la nature et les règles de droit formulées par la science juridique. Pour cette doctrine en effet les lois naturelles sont des règles de droit, des règles d'un droit naturel. Elle part de l'idée d'une nature législatrice, qui serait une création de Dieu, une manifestation de sa volonté. La relation entre la cause et l'effet, telle qu'elle est formulée dans les lois naturelles, serait établie par la volonté de Dieu de la même manière que la relation entre l'acte illicite et la sanction est établie par la volonté d'un législateur humain, auteur de normes juridiques positives. Prétendant trouver des normes juridiques dans la nature, la doctrine du droit naturel se fonde sur une interprétation religieuse ou socialo-normative de la nature. Celle-ci prendrait naissance sur ordre de Dieu (« que la lumière soit

¹ Nous y reviendrons plus loin (page 85).

et la lumière fut ») et elle serait soumise à sa volonté comme l'homme est soumis aux normes juridiques. Il n'y aurait donc aucune différence entre la nature et la société, faute de savoir distinguer entre ce qui est et ce qui doit être.

Contrairement à la doctrine du droit naturel, qui est une métaphysique du droit, la science juridique ne peut être qu'une science du droit positif, soit du droit créé et appliqué par des hommes. Cela implique l'idée que le droit positif est un ordre social efficace, car pour le juriste un ordre juridique n'est valable que si d'une manière générale les individus auxquels il s'adresse se conforment aux normes qui le constituent. Sans doute n'est-il pas nécessaire que ces individus se conduisent en toute circonstance et sans exception de la manière prescrite par les normes juridiques, car il y a toujours un certain désaccord entre la conduite des hommes et les normes qui la régissent. Mais un ordre juridique peut être considéré comme efficace lorsque l'ampleur de ce désaccord ne dépasse pas certaine limite.

Il n'y a donc pas identité entre la validité et l'efficacité d'un ordre juridique. Comme nous le verrons plus loin ¹, un ordre juridique tire sa validité de sa norme fondamentale, qui est une hypothèse scientifique attribuant à la première constitution d'un État le caractère d'un système de normes valables. Or une telle norme fondamentale n'est supposée par la science du droit que si la constitution à laquelle elle se rapporte forme la base d'un ordre juridique efficace. En d'autres termes, quand un document se présente subjectivement comme la première constitution d'un État, la science du droit ne lui attribue la signification objective d'un système de normes valables que s'il est parvenu à instaurer un ordre juridique efficace. Mais même si un ordre juridique est valable seulement quand les individus auxquels il s'adresse se conforment d'une manière générale aux normes qui le constituent, ce sont toujours les normes juridiques qui forment le droit et non la conduite effective des hommes.

¹ Voir page 116.

CHAPITRE II

LE DROIT ET LA MORALE

1. LE DROIT ET LA JUSTICE.

Quand dans une règle de droit on dit que la conséquence *doit* suivre la condition, aucune signification morale ne s'attache au mot « doit ». Que telle conduite soit prescrite par le droit ne signifie pas qu'elle le soit également par la morale. La règle de droit est un instrument servant à décrire le droit positif tel qu'il a été établi par les autorités compétentes. Or le droit positif et la morale sont deux ordres normatifs distincts l'un de l'autre. Il ne s'ensuit pas qu'il faille renoncer au postulat que le droit doit être moral, mais précisément un ordre juridique ne peut être qualifié de bon ou de mauvais que s'il est distinct de la morale.

Sans doute le droit positif peut-il dans certains cas autoriser l'application de normes morales. Il délègue alors à la morale le pouvoir de déterminer la conduite à suivre. Mais lorsqu'une norme morale est appliquée en vertu d'une norme juridique, elle prend par là même le caractère d'une norme juridique. Inversement il est possible qu'un ordre moral prescrive l'obéissance au droit positif. Celui-ci constitue alors une partie intégrante de la morale, mais l'autonomie de cette dernière n'a plus qu'un caractère formel, car en déléguant au droit positif le pouvoir de déterminer quelle est la conduite moralement bonne, elle abdique purement et simplement en

faveur du droit et sa seule fonction est de donner une justification idéologique du droit positif.

Pour que l'ordre moral soit distinct de l'ordre juridique, il faut que le contenu des normes morales ne se confonde pas avec celui des normes juridiques, donc qu'il n'y ait pas de rapport de délégation du droit à la morale ou de la morale au droit. C'est à cette condition qu'il est possible de prononcer un jugement moral sur un ordre juridique considéré dans son ensemble ou sur l'une ou l'autre des normes qui le constituent. Par un tel jugement on constate qu'il y a conformité ou opposition entre telle norme morale et telle norme juridique, c'est-à-dire qu'au point de vue de la morale la norme juridique est bonne ou mauvaise, juste ou injuste. Il y a là un jugement de valeur prononcé sur la base d'une norme morale et par conséquent étranger à la science du droit, puisqu'il n'est pas prononcé sur la base d'une norme juridique.

Les seuls jugements de valeur que la science du droit pourrait théoriquement prononcer sont ceux constatant conformité ou opposition entre un fait et une norme juridique. Le fait serait alors déclaré licite ou illicite, légal ou illégal, constitutionnel ou anti-constitutionnel. Comme nous l'avons déjà relevé, de tels jugements de valeur sont en réalité des jugements de fait, car les normes auxquelles ils se rapportent ont été créées par des actes qui sont des faits se déroulant dans l'espace et dans le temps¹. La science juridique ne peut toutefois pas en prononcer, car le droit positif a la particularité de réserver à certains organes le pouvoir de décider si un fait est licite ou illicite. Une telle décision a en effet un caractère constitutif et non simplement déclaratif. Elle a des effets juridiques et équivaut par conséquent à un acte créateur de droit. Quand il s'agit de déterminer si un individu a commis un crime et doit être puni, seul le tribunal compétent peut se prononcer à ce sujet et lorsqu'il a pris sa décision en dernier ressort, on dit qu'elle a force de loi. Le juriste décrivant le droit doit

¹ Voir page 20.

l'accepter comme la norme juridique applicable au cas concret. Toute opinion différente est sans importance juridique.

Quand un acte se présentant sous la forme d'un acte créateur de droit n'est pas conforme aux prescriptions de la norme qui le régit, il n'acquiert pas la qualité d'acte juridique et n'a pas les effets qu'il prétend avoir. Il n'a donc pas la signification objective d'un acte créateur de droit, mais seule l'autorité compétente peut en faire valablement la constatation.

De même la science du droit n'a pas qualité pour décider si une loi est conforme à la constitution. Cette décision appartient soit au parlement, soit au tribunal chargé d'appliquer la loi, soit à un tribunal spécial. Si l'autorité compétente a déclaré que la loi est constitutionnelle, le juriste ne peut pas la tenir pour dépourvue d'effets juridiques.

Il arrive parfois que le droit positif confère à tout individu intéressé le pouvoir de se prononcer sur le caractère licite ou illicite d'un acte juridique. Ce pouvoir est alors décentralisé. Tel est le cas dans les ordres juridiques primitifs et notamment dans le droit international. Mais l'individu ou l'État qui exerce ce pouvoir agit comme organe de la communauté juridique au même titre que les organes centralisés chargés de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi. La science du droit n'a pas la compétence de décider qu'un État a violé le droit international ou qu'un organe d'une communauté internationale ne s'est pas conformé aux normes du traité qui l'a institué. Elle peut seulement décrire le droit tel qu'il a été créé et appliqué par les organes compétents.

On a objecté à cette thèse que pour décrire le droit créé par les organes compétents la science du droit doit décider quels sont ces organes. Elle devrait notamment décider si tel individu a bien la compétence qu'il prétend avoir et s'il a agi conformément aux normes qui la lui attribuent, car une décision sur la légalité d'un organe porte en définitive sur la légalité de ses actes.

Il est clair que le droit positif ne peut pas toujours prévoir le recours à un organe supérieur pour décider de la légalité

d'un organe inférieur, notamment quand il s'agit de la légalité de l'organe suprême d'un ordre juridique. En pareil cas, la légalité dépend de l'attitude des organes inférieurs. Ainsi lorsqu'il est douteux qu'un arrêt de la cour suprême soit réellement ce qu'il prétend être, parce que les individus desquels il émane n'auraient pas été nommés conformément à la constitution, la question n'est pas tranchée par la science du droit, mais par les organes chargés d'exécuter les arrêts de la cour suprême. S'ils décident d'exécuter un arrêt douteux, le juriste n'a pas d'autre possibilité que de le tenir pour un arrêt de la cour suprême. S'ils refusent de l'exécuter, l'arrêt est nul¹. Il n'a pas d'existence juridique et ne peut être un objet de la science du droit.

Celui qui tient un ordre juridique ou l'une de ses normes pour juste ou injuste, se fonde souvent non sur une norme d'une morale positive, soit sur une norme qui a été « posée », mais sur une norme simplement « supposée » par lui. Il considérera, par exemple, qu'un ordre juridique communiste est injuste, parce qu'il ne garantit pas la liberté individuelle. Il suppose donc qu'il existe une norme disant que l'homme doit être libre. Or une telle norme n'a été établie ni par la coutume, ni par le commandement d'un prophète. Elle est seulement supposée constituer une valeur suprême, immédiatement évidente. On peut être d'un avis opposé et considérer qu'un ordre juridique communiste est juste, parce qu'il garantit la sécurité sociale. On suppose alors que la valeur suprême et immédiatement évidente est une norme disant que l'homme doit vivre en sécurité.

Les hommes divergent d'opinion quant aux valeurs à considérer comme évidentes et il n'est pas possible de réaliser toutes ces valeurs dans le même ordre social. Il faut ainsi choisir entre la liberté individuelle et la sécurité sociale, avec cette conséquence que les partisans de la liberté jugeront injuste un ordre juridique fondé sur la sécurité et vice versa.

¹ Le problème de la nullité sera examiné plus loin, page 132.

Par le fait même que ces valeurs sont supposées suprêmes, il n'est pas possible d'en donner une justification normative, car il n'y a pas au-dessus d'elles de normes supérieures dont elles seraient dérivées. Ce sont des mobiles d'ordre psychologique qui conduisent un individu à préférer la liberté ou la sécurité et ils ont leur fondement dans son caractère. Celui qui a confiance en soi optera probablement pour la liberté, celui qui souffre d'un complexe d'infériorité préférera sans doute la sécurité.

Ces jugements de valeur ont donc un caractère subjectif, car ils ne sont pas fondés sur une norme positive, mais sur une norme seulement supposée par celui qui les prononce. En revanche les jugements de valeur constatant que tel fait est ou n'est pas conforme à une norme positive ont un caractère objectif, car ils se rapportent aux faits par lesquels la norme a été créée. En réalité il ne s'agit pas de véritables jugements de valeur, mais de jugements de faits et à ce titre ils peuvent être l'objet d'une science. Ayant un sens purement subjectif les vrais jugements de valeur sont en dehors du domaine scientifique, car l'objectivité est un élément essentiel de toute science.

En conséquence la science du droit ne peut pas déclarer que tel ordre ou telle norme juridique est juste ou injuste, car pareil jugement se fonde soit sur une morale positive, c'est-à-dire sur un ordre normatif différent et indépendant du droit positif, soit sur un véritable jugement de valeur à caractère subjectif.

D'ailleurs l'idée de justice ne se présente presque jamais comme une valeur relative, fondée sur une morale positive établie par la coutume et de ce fait différente d'un lieu à l'autre, d'une époque à l'autre. Dans son sens propre l'idée de justice est une valeur absolue, un principe qui prétend être valable toujours et partout, indépendamment de l'espace et du temps. Elle est éternelle et immuable. Ni la science du droit positif, ni aucune autre science ne peut en déterminer le contenu, car celui-ci varie à l'infini.

Bien plus, l'histoire de l'esprit humain, qui s'efforce en vain

depuis des siècles de résoudre ce problème, montre que la justice absolue ne peut pas être définie rationnellement. Ayant une validité absolue, elle est au delà de toute expérience, comme l'Idée platonicienne est au delà de la réalité sensible et la chose en soi transcendante aux phénomènes. Le caractère métaphysique de ce dualisme ontologique se retrouve dans le dualisme de la justice et du droit, dont la fonction est double : il permet aux esprits optimistes ou conservateurs de justifier un État ou un ordre social en prétendant qu'il est conforme à l'idéal, et aux esprits pessimistes ou révolutionnaires de le critiquer pour la raison contraire. Or il est tout aussi impossible de déterminer scientifiquement, c'est-à-dire de façon rationnelle et en se fondant sur l'expérience, quelle est la nature de l'Idée ou de la chose en soi, que d'obtenir par la même voie une définition de la notion de justice. Toutes les tentatives faites dans cette direction n'ont jamais conduit qu'à des formules complètement vides de sens, telles que « fais le bien et évite le mal », « à chacun le sien », « il faut se tenir dans un juste milieu ».

L'impératif catégorique est lui aussi dépourvu de toute signification. Si l'on demande à la science de définir le devoir considéré comme la valeur absolue, elle devra se borner à répondre : « tu dois ce que tu dois ». Cette tautologie à laquelle on a donné des formes variées et des travestissements laborieux, applique le principe d'identité, car elle se borne à constater que le bien est le bien et non le mal, que le juste est juste et non injuste, que A est A et n'est pas non-A. Idéal proposé à la volonté et à l'action, la justice ne peut devenir un objet de la connaissance rationnelle qu'en se transformant involontairement en l'idée de vérité, qui trouve son expression négative dans le principe d'identité. Cette transformation du problème, qui en dénature le sens, est la conséquence inévitable de l'application de la logique à un objet par définition réfractaire à une telle opération.

Pour la connaissance rationnelle il n'existe que des intérêts et par suite des conflits d'intérêts, qui sont résolus en satisfaisant l'un au détriment de l'autre ou en établissant un équi-

libre, un compromis entre eux. Il n'est pas possible de démontrer rationnellement que l'une ou l'autre de ces deux solutions a seule une valeur absolue et doit être qualifiée de juste. S'il existait une justice au sens où on a l'habitude de l'invoquer quand on désire faire prévaloir certains intérêts sur d'autres, le droit positif serait totalement superflu et son existence incompréhensible.

On objecte habituellement qu'il existe bien une justice, mais qu'elle ne peut pas être définie ou, ce qui revient au même qu'elle peut l'être de plusieurs manières. Cette thèse se contredit, elle-même. Elle est le type de l'idéologie destinée à cacher une réalité trop désagréable.

La justice absolue est un idéal irrationnel. Si indispensable qu'elle puisse être à la volonté et à l'action, elle échappe à la connaissance rationnelle et la science du droit ne peut explorer que le domaine du droit positif. Moins on s'applique à séparer nettement le droit et la justice, plus on montre d'indulgence à l'égard du désir du législateur que le droit soit aussi considéré comme juste et plus on cède à la tendance idéologique qui caractérise la doctrine classique et conservatrice du droit naturel. Cette doctrine ne cherche pas tant à connaître le droit en vigueur qu'à le justifier et à le transfigurer en faisant valoir qu'il émane d'un ordre naturel, divin ou rationnel, donc absolument juste et équitable. La doctrine révolutionnaire du droit naturel, qui joue dans l'histoire de la science du droit un rôle relativement effacé, tend au but opposé. Elle conteste la validité du droit positif en affirmant qu'il est en contradiction avec un ordre absolu dont elle postule l'existence. Elle présente ainsi le droit sous un jour qui le fait paraître parfois plus imparfait qu'il n'est en réalité.

2. SCIENCE DU DROIT ET IDÉOLOGIE.

Ces tendances idéologiques, dont les intentions et les répercussions politiques sont évidentes, règnent aujourd'hui encore dans la science du droit, même après l'abandon apparent

de la doctrine du droit naturel. La Théorie pure désire les combattre en exposant le droit tel qu'il est, sans chercher à le justifier ou à le critiquer. Elle se préoccupe de savoir ce qu'il est et ce qu'il peut être, et non s'il est juste ou pourrait le devenir. En ce sens elle est une théorie radicalement réaliste. Elle s'abstient de prononcer des jugements de valeur sur le droit, car elle veut être une science et se borner à comprendre la nature du droit positif et à analyser sa structure. Elle se refuse en particulier à favoriser n'importe quel intérêt politique en lui fournissant des idéologies qui lui permettraient de justifier ou de critiquer tel ou tel ordre social. Elle s'oppose ainsi de façon très nette à la science traditionnelle du droit, qui a toujours, qu'elle s'en rende compte ou non, un caractère idéologique plus ou moins accentué.

C'est précisément cette tendance anti-idéologique qui fait de la Théorie pure une véritable science du droit, car toute science a la tendance immanente de connaître son objet, tandis que l'idéologie masque la réalité, soit en la transfigurant pour la défendre et en assurer la conservation, soit en la défigurant en vue de l'attaquer, de la détruire et de la remplacer par une autre. Toutes les idéologies émanent de la volonté, non de la connaissance. Leur existence est liée à certains intérêts ou plus exactement à des intérêts autres que celui de la vérité, quelle que puisse être par ailleurs leur importance ou leur valeur. Mais la connaissance finira toujours par déchirer les voiles dont la volonté enveloppe les choses.

L'autorité qui crée le droit et qui naturellement cherche à le maintenir en vigueur, peut se demander s'il est utile d'en avoir une connaissance exempte de toute idéologie. De même les forces qui veulent détruire l'ordre social existant et le remplacer par un autre qu'elles estiment meilleur, peuvent ne pas faire grand cas d'une telle connaissance du droit. Mais une science du droit ne saurait se préoccuper ni des uns, ni des autres. Telle est l'attitude adoptée par la Théorie pure.

CHAPITRE III

DÉFINITION DU DROIT

1. LE POSITIVISME JURIDIQUE DU DIX-NEUVIÈME SIÈCLE.

Le caractère idéologique de la doctrine traditionnelle, à laquelle s'oppose la Théorie pure, apparaît déjà dans la définition qu'elle donne de la notion de droit. Elle subit encore aujourd'hui l'influence de la théorie conservatrice du droit naturel qui, nous l'avons déjà relevé, part d'une notion transcendante du droit. A l'époque où cette théorie était à son apogée, la philosophie avait elle aussi un caractère essentiellement métaphysique et le système politique était celui de la monarchie absolue, avec son organisation policière. Quand la bourgeoisie libérale l'emporta au dix-neuvième siècle, une réaction très nette se manifesta contre la métaphysique et la doctrine du droit naturel. En corrélation étroite avec le progrès des sciences expérimentales et avec l'analyse critique de l'idéologie religieuse, la science bourgeoise du droit abandonna le droit naturel et se tourna vers le positivisme.

Cependant, si radicale qu'elle ait été, cette évolution n'a jamais été complète. Le droit n'est certes plus tenu pour une catégorie éternelle et absolue. On reconnaît que son contenu varie selon les époques et que le droit positif est un phénomène conditionné par des circonstances de temps et de lieu. Mais l'idée d'une valeur juridique absolue n'a pas complètement disparu. Elle subsiste dans l'idée morale de justice, que la

science juridique positiviste n'a pas abandonnée. Bien que le droit soit nettement distingué de la justice, ces deux notions restent liées par des fils plus ou moins visibles. Un ordre étatique positif, enseigne-t-on, ne peut appartenir au domaine du droit que s'il fait une certaine place à l'idée de justice, soit en réalisant un minimum moral, soit en s'efforçant, même de façon insuffisante, d'être un droit équitable et juste. Le droit positif doit donc répondre, dans une mesure si modeste soit-elle, à l'idée de droit. Mais le caractère juridique d'un ordre étatique est naturellement admis d'avance, de telle sorte que la théorie du minimum moral n'est qu'une forme abâtardie de la doctrine du droit naturel, dont le but est de légitimer le droit positif.

Cette théorie suffisait dans les temps relativement calmes où la bourgeoisie avait consolidé son pouvoir et où régnait un certain équilibre social. Sans doute la science du droit ne tirait-elle pas toutes les conséquences du principe positiviste auquel elle adhérait officiellement, mais elle s'en inspirait cependant dans une très large mesure.

2. LA CATÉGORIE DU DEVOIR.

a) *Le devoir considéré comme idée transcendante.*

Cette adhésion réticente au positivisme apparaît clairement dans le concept de norme sous lequel on subsume le droit positif. On insiste sur l'idée que les normes juridiques ne sont pas identiques aux normes morales, mais on ne met pas en doute que la morale soit une valeur absolue. Bien qu'on paraisse avoir ainsi pour seul but de faire mieux ressortir la valeur purement relative du droit, le simple fait que l'existence d'une valeur absolue n'est pas contestée par la science du droit est déjà de nature à exercer une influence sur la notion même du droit. Or si le droit a, comme la morale, un caractère normatif et si le sens de la norme juridique s'exprime, comme celui de la morale, dans l'idée de devoir, la valeur absolue qui est propre

à la morale se communique dans une certaine mesure à la notion de norme juridique. Si l'on dit d'une action qu'elle est prescrite par le droit, qu'elle *doit* avoir lieu, on ne peut se libérer entièrement de l'idée que cette action est bonne, juste et équitable. En ce sens la science juridique positiviste du dix-neuvième siècle n'est pas exempte d'un certain élément idéologique quand elle définit le droit à l'aide de la notion de norme.

b) *Le devoir considéré comme catégorie de la logique transcendante.*

La Théorie pure du droit s'efforce d'éliminer cet élément idéologique en donnant de la norme juridique une définition tout à fait indépendante de la notion de norme morale et en affirmant l'autonomie du droit à l'égard de la morale.

Comme nous l'avons vu, la règle de droit établit une relation entre une condition et une conséquence en disant que si la condition se réalise, la conséquence *doit* avoir lieu. Mais ce mot « doit » est dépourvu de tout sens moral. Il a un sens purement logique. La relation qu'il établit a le caractère d'une imputation, tandis que dans la loi naturelle il y a une relation causale entre la condition et la conséquence. Mais dans l'un et l'autre cas il s'agit d'une relation fonctionnelle spécifique établie entre les éléments d'un système donné, celui du droit ou celui de la nature. La causalité, en particulier, n'a pas d'autre signification, si on la dépouille du sens magico-métaphysique qu'elle avait primitivement quand, de façon tout à fait animiste, on voyait dans la cause quelque force secrète tirant d'elle-même son effet. Les sciences de la nature ne sauraient d'ailleurs renoncer à une causalité ainsi purifiée, car en établissant une relation entre les faits donnés à notre connaissance la causalité répond, de la seule manière possible, au postulat de l'intelligibilité de la nature.

La notion d'imputation a le même caractère logique que celle de causalité. Kant a démontré que la causalité n'est pas

une idée transcendante, donc métaphysique, mais une catégorie de la logique transcendantale, un principe gnoséologique permettant de comprendre la réalité naturelle. Il est vrai que pour lui le devoir est une idée morale et non une catégorie logique. Aussi bien n'a-t-il pas su écarter la métaphysique, qu'il avait ébranlée dans sa philosophie de la nature, lorsqu'il a formulé sa philosophie du droit inspirée de la doctrine traditionnelle du droit naturel. La Théorie pure du droit, qui est une théorie du droit positif, donc de la réalité juridique, transpose le principe de la logique transcendantale de Kant en voyant dans le devoir, dans le « *sollen* », une catégorie logique des sciences sociales normatives en général et de la science du droit en particulier. Plaçant ainsi l'imputation sur le même plan que la causalité, elle a un caractère radicalement anti-métaphysique et anti-idéologique, aussi est-elle rejetée avec vigueur par la doctrine traditionnelle du droit, peu disposée à admettre que l'ordre social de l'Union soviétique soit un ordre juridique au même titre que celui de l'Espagne franquiste ou de la France démocratique et capitaliste.

c) *Retour au droit naturel et à la métaphysique.*

Depuis l'ébranlement social provoqué par la première guerre mondiale la théorie traditionnelle du droit tend sur toute la ligne à revenir à la doctrine du droit naturel, à l'instar d'ailleurs de la philosophie traditionnelle qui fait un retour complet à la métaphysique pré-kantienne. Les idéologies politiques auxquelles la noblesse féodale du début du dix-neuvième siècle a recouru pour lutter contre la bourgeoisie ont été reprises par cette même bourgeoisie quand elle s'est trouvée dans une situation politique analogue.

Aussi, en tirant les dernières conséquences de la philosophie et de la science juridique du dix-neuvième siècle, originellement positivistes et anti-idéologiques, la Théorie pure du droit s'oppose-t-elle de la façon la plus nette aux théoriciens qui renient la philosophie transcendantale de Kant et le positivisme juridique.

3. LE DROIT EST UN ORDRE DE CONTRAINTE.

a) *La sanction.*

La catégorie logique du devoir ou de la norme ne nous donne que le concept générique et non la différence spécifique du droit. Les morales positives sont, comme le droit, des ordres normatifs et les règles qui servent à les décrire ont la même forme logique, une conséquence étant dans les deux cas reliée à sa condition par la voie d'une imputation. La différence entre le droit et la morale doit être cherchée ailleurs. Elle apparaît dans le contenu des règles qui les décrivent. Dans une règle de droit la conséquence imputée à la condition est un acte de contrainte consistant dans le retrait, forcé s'il le faut, de biens tels que la vie, la liberté ou quelque valeur d'ordre économique ou autre. Cet acte de contrainte est appelé sanction. Dans le cadre d'un droit étatique la sanction se présente sous la forme d'une peine ou d'une exécution forcée. Elle est la réaction spécifique du droit contre les comportements humains qualifiés d'illicites ou de contraires au droit. Elle est donc la conséquence de tels comportements.

Les normes d'un ordre moral au contraire ne prescrivent ni n'autorisent de sanctions à l'égard des comportements humains qualifiés d'immoraux.

En revanche, la sanction joue un rôle essentiel dans les normes religieuses. Pour les peuples primitifs la mort, la maladie, la défaite militaire, la mauvaise récolte sont des punitions infligées pour des péchés. Les religions plus évoluées enseignent que l'âme sera punie dans un autre monde pour les péchés qu'elle a commis dans celui-ci. Mais toutes ces sanctions sont d'une nature transcendante, car elles sont censées émaner d'êtres sur-humains. Les sanctions juridiques au contraire sont des actes d'êtres humains, prescrits par des normes elles-mêmes créées par des hommes. Elles constituent donc un élément de l'organisation sociale. A ce point de vue le droit apparaît comme un ordre de contrainte, comme un système de normes prescrivant

ou permettant des actes de contrainte sous la forme de sanctions socialement organisées.

Les juristes du dix-neuvième siècle s'étaient à peu près mis d'accord pour considérer que la norme juridique est une norme coercitive, prescrivant ou permettant l'emploi de la contrainte, et pour admettre que c'est là son caractère distinctif. Sur ce point la Théorie pure du droit continue la tradition positiviste du siècle passé.

L'affirmation que le droit est un ordre de contrainte se fonde sur une étude comparative des ordres dits juridiques qui existent actuellement ou ont existé au cours de l'histoire. Elle est le résultat de recherches empiriques sur le contenu des ordres sociaux positifs. La science juridique peut donc élaborer des règles de droit constatant qu'un acte de contrainte ayant le caractère d'une sanction doit être exécuté lorsque telle condition se trouve remplie. Ce faisant elle ne définit pas seulement la structure logique des règles de droit, mais aussi leur contenu, car elle indique un des éléments matériels des ordres sociaux qu'elle qualifie de juridiques.

La règle de droit, que nous avons d'abord considérée sous son aspect purement formel de loi normative, acquiert ainsi un contenu matériel spécifique, de même que la forme logique de la loi causale devient une loi naturelle (par exemple la loi de la gravitation universelle) quand elle exprime le résultat d'une série d'observations empiriques.

Les problèmes logiques que nous avons examinés précédemment sont communs à toutes les sciences normatives, car la forme logique de la règle de droit est identique à celle des autres lois sociales normatives. Si la science du droit se limitait à ces problèmes, elle constituerait seulement une partie de la logique. Mais dès qu'elle aborde la question du contenu spécifique des règles de droit, elle quitte le domaine de la logique pour passer à celui du droit proprement dit. Le problème juridique par excellence est de déterminer ce qui distingue les règles de droit des autres lois sociales. Or la logique est impuissante à le résoudre. Seule la science juridique peut y parvenir en examinant le

contenu des divers droits positifs, de même que le contenu des lois naturelles ne résulte pas d'un examen logique, mais d'observations empiriques portant sur les phénomènes de la nature.

b) *Le droit est une technique sociale.*

Envisagé quant à son but le droit apparaît comme une méthode spécifique permettant d'amener les hommes à se conduire d'une manière déterminée. Le trait caractéristique de cette méthode est qu'un acte de contrainte sanctionne la conduite contraire à celle qui est désirée. L'auteur d'une norme juridique suppose évidemment que les hommes dont il règle la conduite considéreront de tels actes de contrainte comme un mal et qu'ils s'efforceront de les éviter. Son but est donc de les amener à une conduite déterminée en les menaçant d'un mal en cas de conduite contraire et c'est par la pression qu'il exerce ainsi sur eux qu'il obtient ce qu'il désire.

Il s'ensuit que les normes juridiques, de même que toutes les autres normes sociales, ne peuvent s'appliquer qu'à des comportements humains, seul l'homme doué de raison et de volonté pouvant être amené par la représentation d'une norme à agir conformément à celle-ci. Les faits qui ne consistent pas en une action ou une omission d'un être humain, les événements extérieurs à l'homme ne peuvent figurer dans une norme juridique que s'ils sont en étroite relation avec un comportement humain, s'ils en sont la condition ou la conséquence. Quand des ordres juridiques primitifs appliquent des sanctions à des animaux ou à des choses et tentent ainsi de régler leur conduite, ils agissent selon la conception animiste pour laquelle les animaux et les choses ont une âme et se conduisent de la même façon que les hommes.

Si le droit est une technique sociale utilisée pour amener les hommes à se conduire d'une manière déterminée, il reste à examiner dans quelle mesure il atteint son but. On peut se demander à ce propos pour quelles raisons la plupart des hommes se conduisent de la façon prescrite par le droit. Or il est difficile.

d'établir que leur obéissance au droit est due à la menace d'un acte de contrainte. Dans nombre de cas interviennent plutôt des motifs religieux ou moraux, le respect des usages, la crainte de perdre la considération de son entourage ou simplement l'absence de toute tendance à se conduire de façon contraire au droit.

Comme nous le verrons plus loin ¹, la concordance entre un ordre juridique et la conduite des individus auxquels il s'adresse a une grande importance pour la validité de cet ordre, mais il ne faut pas nécessairement l'attribuer à l'efficacité de l'ordre lui-même. Elle est souvent due à des idéologies dont la fonction est de susciter ou de faciliter l'accord entre le droit et les faits sociaux.

La technique spécifique du droit, qui consiste, rappelons-le, à faire suivre un comportement humain tenu pour socialement nuisible d'un acte de contrainte considéré comme un mal, peut être utilisée en vue d'atteindre n'importe quel but social, car le droit n'est pas un but, mais un moyen. A ce point de vue le droit est une technique de contrainte sociale étroitement liée à l'ordre social qu'elle a pour but de maintenir.

c) *Le droit s'attribue le monopole de la force.*

Le droit se distingue des autres ordres normatifs par le fait qu'à des comportements déterminés il attache la conséquence d'un acte de contrainte. Or qui dit acte de contrainte, dit emploi de la force. En définissant le droit comme un ordre de contrainte, nous indiquons que sa fonction essentielle est de réglementer l'emploi de la force dans les relations entre les hommes. Le droit apparaît ainsi comme une organisation de la force. Il fixe à quelles conditions et de quelle manière tel individu peut faire usage de la force à l'égard de tel autre. La force ne devant être employée que par certains individus spécialement autorisés à cet effet, tout autre acte de contrainte a, dans

¹ Voir page 119.

n'importe quel ordre juridique positif, le caractère d'un acte illicite.

Les individus qu'un ordre juridique autorise à exécuter des actes de contrainte agissent en qualité d'organes de la communauté constituée par cet ordre. Nous pouvons donc dire que la fonction essentielle du droit est d'établir un monopole de la force en faveur des diverses communautés juridiques.

d) *Éléments juridiquement indifférents contenus dans des normes juridiques.*

La norme fondamentale d'un ordre juridique étatique peut dès lors être formulée ainsi : si une condition déterminée conformément à la première constitution se réalise, un acte de contrainte déterminé de la même manière doit être exécuté.

Toutes les règles de droit par lesquelles la science juridique décrit le droit positif d'un État reposent sur l'hypothèse d'une telle norme fondamentale. Elles sont d'ailleurs construites sur le même schéma, puisqu'elles constatent une relation entre une condition et un acte de contrainte qui doit en être la conséquence. Elles expriment la signification objective des actes par lesquels le droit est créé puis appliqué. Dans leur sens subjectif ces actes sont des normes, car ils prescrivent ou permettent une conduite déterminée, mais c'est la science du droit qui leur attribue la signification objective de normes juridiques. Il se peut cependant qu'un organe d'une communauté juridique accomplisse des actes n'ayant pas la signification subjective d'une norme. Nous pensons par exemple à un législateur ou à un juge énonçant une théorie, émettant un jugement de valeur morale ou constatant un fait. Une constitution peut déclarer que les hommes naissent libres et égaux entre eux, ou que le but de l'État est d'assurer le bonheur des citoyens. Une loi peut affirmer que la coutume n'est pas un fait créateur de droit, mais simplement la preuve d'une norme juridique existante. Un juge peut déclarer dans son arrêt qu'il tient sa décision pour juste ou qu'il a le devoir de protéger les pauvres contre les riches.

De telles affirmations sont sans rapport avec la norme fondamentale de l'ordre juridique et la science du droit n'est pas en mesure de leur reconnaître une signification juridique objective. Elles sont des éléments juridiquement indifférents de la constitution, de la loi ou de l'arrêt judiciaire dont elles font partie. La jurisprudence romaine dirait : « *pro non scripto habeantur* ».

4. NORME PRIMAIRE ET NORME SECONDAIRE.

Pour amener les hommes à se conduire d'une manière déterminée le droit attache une sanction à la conduite contraire. La conduite qui est la condition de la sanction se trouve ainsi interdite, tandis que la conduite permettant d'éviter la sanction est prescrite. Inversement une conduite n'est juridiquement prescrite que si la conduite opposée est la condition d'une sanction.

Une norme juridique peut être formulée en des termes prescrivant ou interdisant une conduite déterminée, mais cela n'est pas indispensable. Ainsi la plupart des codes pénaux n'interdisent pas expressément de commettre un crime ou un délit. Ils ne disent pas que les hommes ne doivent pas commettre de crimes ou de délits. Ils se bornent à définir les divers crimes et délits et à indiquer les peines qui en sont la conséquence. De même les codes civils ne prescrivent pas au débiteur de payer sa dette ; ils définissent les diverses sortes de contrats et prévoient qu'en cas d'inexécution par l'une des parties le créancier peut demander à un tribunal d'ordonner l'exécution forcée contre les biens du débiteur.

On rencontre en revanche des lois prescrivant une conduite déterminée sans que la conduite contraire soit la condition d'une sanction. On est alors en présence d'un simple vœu du législateur qui n'a pas de portée juridique. Il est ce que nous avons appelé un élément juridiquement indifférent. Ainsi une loi prescrit à tous les citoyens de célébrer l'anniversaire de la constitution, mais elle ne prévoit aucune sanction à l'égard de

ceux qui s'en abstiendraient. La conduite contraire à la conduite prescrite n'entraînant aucune conséquence juridique, la science du droit ne peut pas tenir la loi en question pour une norme juridique.

Pour qu'une norme appartienne au domaine du droit, il faut qu'elle définisse la conduite formant la condition d'une sanction et qu'elle détermine cette sanction, par exemple : « celui qui n'accomplit pas son service militaire doit être condamné à une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans ». Nous avons là une norme juridique complète, contenant tous les éléments nécessaires. Une norme qui se bornerait à poser l'obligation de faire du service militaire serait incomplète, car elle n'indique pas quelle est la sanction en cas de violation de cette obligation. Elle doit donc être complétée pour devenir une véritable norme juridique.

× Nous donnons à la norme qui établit la relation entre le fait illicite et la sanction le nom de norme primaire et nous appelons norme secondaire celle qui prescrit la conduite permettant d'éviter la sanction. Parallèlement la science du droit décrit ces deux sortes de normes en formulant des règles de droit primaires ou secondaires, mais une règle de droit secondaire est en fait superflue, car elle suppose l'existence d'une règle de droit primaire sans laquelle elle n'aurait aucune signification juridique et cette règle de droit primaire contient tous les éléments nécessaires à la description de la norme juridique complète.

Remarquons en outre qu'on ne peut pas déduire logiquement la règle de droit secondaire de la règle de droit primaire, à la façon dont on passe de la proposition « tous les hommes sont mortels » à la conclusion que Paul est mortel. Ainsi l'obligation de faire du service militaire ne se déduit pas logiquement d'une règle de droit primaire prescrivant ou permettant de punir les soldats qui ne répondent pas à un ordre de marche. Il y a en fait identité entre la proposition affirmant qu'un individu est juridiquement obligé de faire du service militaire et celle disant qu'il doit être puni s'il ne l'accomplit pas. La première exprime exactement la même idée que la seconde et cette

identité est la conséquence de notre définition du droit, que nous considérons comme un ordre de contrainte, et de notre définition de la règle de droit, dans laquelle nous voyons une proposition affirmant que dans certaines conditions un acte de contrainte doit être exécuté à titre de sanction.

CHAPITRE IV

L'OBLIGATION JURIDIQUE

1. OBLIGATION JURIDIQUE ET OBLIGATION MORALE.

La science du droit a emprunté la notion d'obligation à la philosophie morale, mais il y a la même différence entre une obligation juridique et une obligation morale qu'entre le droit lui-même et la morale. L'ordre social que nous appelons la morale est composé de normes prescrivant ou permettant une conduite déterminée, mais ne statuant pas d'actes de contrainte destinés à sanctionner la conduite contraire. Nous disons qu'il y a une obligation morale de se conduire de la manière prescrite par la morale. La notion d'obligation morale coïncide donc avec celle de norme morale prescrivant une conduite déterminée. Celui qui se conforme à la norme remplit une obligation morale et celui qui ne s'y conforme pas enfreint ou viole une telle obligation.

En revanche il n'y a obligation juridique de se conduire d'une manière déterminée que dans les cas où une norme juridique statue un acte de contrainte pour sanctionner la conduite contraire. Un individu est juridiquement obligé d'exécuter un contrat quand l'inexécution de ce contrat est la condition d'un acte de contrainte.

Comme nous l'avons vu ¹, le législateur omet parfois de

¹ Voir page 66.

statuer un acte de contrainte pour sanctionner la conduite contraire à celle qu'il prescrit. En pareil cas il n'y a pas de véritable obligation juridique de se conduire de la manière prescrite. Il y a seulement ce que les Romains appelaient une *obligatio naturalis* opposée à l'*obligatio juris*. Sans doute l'acte du législateur a-t-il subjectivement le sens de prescrire une conduite déterminée, mais objectivement il n'est pas une norme juridique et il ne peut en résulter aucune obligation juridique. Il est en effet impossible de rattacher cet acte à la norme fondamentale de l'ordre étatique, telle que nous l'avons formulée plus haut ¹.

2. PEUT-ON CONCEVOIR UNE OBLIGATION JURIDIQUE SANS SANCTION ?

La situation serait différente si le droit n'était pas défini comme un ordre de contrainte. La règle de droit n'établirait pas une relation entre une condition et un acte de contrainte. Elle dirait simplement que dans telles conditions tel individu doit se conduire d'une manière déterminée. La norme fondamentale aurait alors la teneur suivante : « les hommes doivent se conduire de la manière prescrite par les autorités établies conformément aux règles contenues dans la première constitution ». La sanction ne serait plus un élément essentiel du droit et n'importe quelle prescription d'une autorité établissant la constitution ou établie conformément à la constitution serait une norme juridique. La conduite prescrite formerait le contenu d'une obligation juridique sans qu'il y ait lieu de se demander s'il existe une norme complémentaire statuant une sanction pour la conduite opposée.

Dans cette hypothèse les normes juridiques ne se distingueraient pas des normes d'une morale positive. Cela est évident dans les cas où les unes et les autres ont été créées par la voie de la coutume, mais même le fait pour une norme juridique

¹ Voir page 65.

d'avoir été édictée par une autorité spécifique, par un législateur, ne la distinguerait pas des normes édictées par une autorité morale, telle que Jésus-Christ ou Zoroastre, car en pareil cas l'autorité juridique et l'autorité morale sont chacune basées en dernière analyse sur une norme fondamentale présumée.

Si la contrainte n'était pas un élément essentiel du droit, il faudrait distinguer deux sortes d'obligations juridiques, celles dont la violation est sanctionnée par un acte de contrainte et celles qui n'ont pas ce caractère. Mais toutes deux seraient de véritables obligations juridiques et dans le cas où leur violation n'est pas sanctionnée par un acte de contrainte, il n'y aurait pas de différence entre la conduite de l'individu qui exécute son obligation et celle de l'individu qui la viole. Une science du droit qui formulerait la norme fondamentale sans y introduire la notion de l'acte de contrainte faillirait donc à sa tâche primordiale, qui est de faire ressortir la différence essentielle existant entre le droit, en tant que technique sociale spécifique, et les autres ordres sociaux, le droit ayant seul le caractère d'un ordre de contrainte. De même, si la communauté juridique (l'État en particulier) n'est pas caractérisée par le fait qu'elle est constituée par un ordre de contrainte, il n'est pas possible de la distinguer d'autres communautés également constituées par des ordres normatifs.

La distinction que nous avons faite plus haut ¹ entre une norme primaire et une norme secondaire, entre une règle de droit primaire et une règle de droit secondaire, n'a plus de raison d'être si l'acte de contrainte n'est pas un élément essentiel du droit. La proposition que dans telles conditions les hommes doivent se conduire d'une manière déterminée est alors une règle de droit complète et non plus une règle de droit secondaire subordonnée à une règle de droit primaire reliant une sanction à un fait illicite. Dans les cas où le législateur ne se contente pas de prescrire une conduite déterminée, mais prescrit ou permet une sanction pour la conduite opposée, la

¹ Voir page 66.

science juridique pourrait formuler deux règles de droit, la première constatant l'obligation de se conduire d'une manière déterminée et la seconde l'obligation ou l'autorisation d'exécuter un acte de contrainte en cas de conduite contraire. Nous aurions ainsi deux règles de droit pour décrire les situations juridiques dans lesquelles une sanction intervient et une seule règle de droit quand le législateur se borne à prescrire une conduite déterminée sans prévoir de sanction pour la conduite contraire. Mais cela suppose que le droit ne soit pas défini comme un ordre de contrainte.

3. OBLIGATION ET IMPUTATION.

Si l'acte de contrainte n'est pas un élément essentiel de la règle de droit, une obligation juridique peut avoir pour objet n'importe quelle conduite prescrite par une norme juridique selon le sens subjectif de l'acte qui a créé cette norme. En revanche si l'acte de contrainte est un élément essentiel de la règle de droit, seule la conduite contraire à celle qui est la condition d'un acte de contrainte peut former le contenu d'une obligation juridique.

Dans la deuxième hypothèse la règle de droit présente l'acte de contrainte comme une conséquence imputée à une condition déterminée, mais il n'est pas nécessaire que cet acte forme le contenu d'une obligation juridique. Quand une règle de droit affirme que dans telles conditions un acte de contrainte *doit* être exécuté, cela ne signifie pas que l'on soit toujours en présence d'une obligation juridique d'appliquer la sanction. De nombreuses normes juridiques ne prescrivent pas une conduite déterminée, se bornant à la permettre ou à l'autoriser. En pareil cas la conduite contraire n'est pas la condition d'une sanction, de telle sorte que la conduite permise ne peut pas former le contenu d'une obligation.

En particulier les normes qui statuent une sanction peuvent avoir aussi bien le sens d'une prescription que celui d'une permission. Les sanctions du droit international général, soit

les représailles et la guerre, sont seulement permises, aucun État n'étant tenu d'y recourir lorsqu'il est la victime d'un acte illicite. En revanche une telle obligation peut être établie par un traité groupant un certain nombre d'États dans une communauté internationale. Elle se présente alors sous la forme d'une obligation de recourir aux représailles ou à la guerre contre tout État qui violerait certaines dispositions fondamentales du traité, cette obligation étant sanctionnée par les actes de contrainte prévus dans le traité. Il y a là une véritable obligation juridique, tandis qu'aucun État ne viole le droit international général s'il s'abstient de recourir aux représailles ou à la guerre contre un État responsable d'un acte illicite.

Cela suppose, comme nous l'avons vu, que l'obligation de se conduire d'une manière déterminée existe seulement dans les cas où la conduite opposée est la condition d'une sanction statuée par une norme juridique. Il n'y a donc obligation d'exécuter une sanction que si l'inexécution de cette sanction est à son tour la condition d'un nouvel acte de contrainte. Or il faut bien que cette chaîne de sanctions s'arrête quelque part, de telle sorte qu'il y aura toujours des normes juridiques qui statueront des sanctions dont l'inexécution ne sera pas la condition d'une nouvelle sanction. En d'autres termes il y aura toujours des sanctions qui ne formeront pas le contenu d'une obligation juridique. Cela vaut pour tous les ordres juridiques positifs, présents, passés ou futurs. Certains d'entre eux ne connaissent même aucune sanction qui soit le contenu d'une obligation juridique. Tel est le cas, nous l'avons vu, pour le droit international général. De même la vendetta, sanction caractéristique des ordres juridiques primitifs, ne forme pas le contenu d'une obligation juridique, car son inexécution n'est pas la condition d'une nouvelle sanction. En cas de meurtre les parents de la victime n'ont pas l'obligation juridique de se venger contre le meurtrier et les membres de sa famille. Ils ont, il est vrai, une obligation religieuse de le faire, mais s'ils ne s'y conforment pas, ils ne seront l'objet d'aucune sanction juridique.

Cela n'enlève d'ailleurs pas aux droits primitifs leur caractère d'ordres juridiques, car ces droits établissent l'obligation juridique de s'abstenir du meurtre en statuant la sanction de la vendetta, de même que le droit international général impose aux États l'obligation juridique de s'abstenir d'actes illicites en statuant les sanctions des représailles et de la guerre. Les droits primitifs et le droit international général peuvent donc être décrits à l'aide de règles de droit établissant une relation entre une condition et une sanction qui en est la conséquence : « si un meurtre est commis, la vendetta doit être exercée contre le meurtrier et les membres de sa famille » ; « si un État commet un acte illicite, des représailles ou la guerre doivent être dirigées contre lui ». Mais si l'inexécution de la sanction n'est pas la condition d'une nouvelle sanction, il n'y a pas d'obligation juridique d'exercer la vendetta ou de recourir aux représailles ou à la guerre. Pour qu'on soit en présence d'une norme juridique, il est essentiel qu'une sanction soit statuée, mais il n'est pas nécessaire que l'exécution de cette sanction ait le caractère d'une obligation juridique.

Quand une règle de droit affirme que dans telles conditions tel individu *doit* exécuter un acte de contrainte à titre de sanction, elle laisse ouverte la question de savoir si cet individu est obligé ou seulement autorisé à exécuter la sanction. Cela dépendra de l'existence ou de l'absence d'une norme juridique ayant la signification objective de prescrire une sanction, c'est-à-dire statuant une nouvelle sanction pour le cas où la première ne serait pas exécutée. Si une telle norme fait défaut, il n'y a pas obligation, mais seulement autorisation d'exécuter la première sanction.

Le mot « doit » figurant dans la règle de droit indique seulement le sens spécifique de la relation établie par toute loi sociale entre une condition et sa conséquence, cette relation ayant le caractère d'une imputation. En d'autres termes le mot « doit » a ici un sens purement logique. Il est dépourvu de toute signification morale ou juridique, l'imputation étant une catégorie logique et non une notion morale ou juridique.

CHAPITRE V

LE FAIT ILLICITE

1. LE FAIT ILLICITE EST-IL LA NÉGATION DU DROIT?

Nous appelons fait illicite la conduite contraire à celle qui est prescrite par une norme juridique ou, ce qui revient au même, la conduite interdite par une telle norme. Il y a donc une relation étroite entre la notion de fait illicite et celle d'obligation juridique. Le fait illicite est le contraire d'une conduite obligatoire et il y a une obligation juridique de s'abstenir de tout acte illicite.

Si chaque règle de droit est formulée selon un schéma disant que dans telles conditions tel individu doit se conduire d'une manière déterminée, il est facile de définir le fait illicite comme la conduite opposée à celle qui est prescrite. Mais si la règle de droit est construite selon le schéma : « dans telles conditions une sanction doit être exécutée », le fait illicite apparaît comme la condition de la sanction. Or un acte juridique n'a le sens objectif de prescrire une conduite déterminée que si une sanction est prescrite ou autorisée en cas de conduite contraire. On dit d'habitude que telle ou telle conduite est la condition d'une sanction parce qu'elle est un fait illicite. Il serait plus juste de dire qu'elle est un fait illicite parce qu'elle est la condition d'une sanction. Il n'y a pas de *mala in se*, il y a seulement des *mala prohibita*. Si le législateur déclare que telle conduite est interdite, mais omet de prescrire ou d'autoriser une sanction, la conduite interdite n'est pas un fait illicite.

Pour la théorie traditionnelle, le fait illicite est une violation ou une négation du droit, un fait contraire au droit qui se trouve donc en dehors du droit. Le fait illicite ne peut cependant devenir un objet de la science juridique que si elle voit en lui un élément du droit, un fait déterminé par le droit, soit la condition d'une conséquence elle-même déterminée par le droit. En définissant le fait illicite comme la condition de la sanction, la Théorie pure l'introduit à l'intérieur même du système du droit.

La théologie, autre discipline normative, procède de la même façon en matière de théodicée quand, voulant présenter le monde comme un système du bien, elle enlève au mal son caractère originaire de simple négation du bien et en fait une condition de la réalisation du bien, en ce sens que le mal conduit finalement à l'expiation et par là même à la victoire du bien.

Pour la Théorie pure l'auteur d'un acte illicite ne « viole » pas le droit. Il le peut d'autant moins que seul le fait ou l'acte illicite permet au droit de remplir sa fonction essentielle. On définit traditionnellement le fait illicite comme une interruption dans l'existence du droit, mais c'est le contraire qui est vrai. C'est l'existence même du droit, c'est sa validité qui s'affirme à l'égard du fait illicite par la réaction de l'ordre juridique sous la forme d'une sanction.

2. LE FAIT ILICITE EST-IL LA CONDUITE DE L'INDIVIDU CONTRE LEQUEL LA SANCTION EST DIRIGÉE ?

La conduite qualifiée de fait illicite n'est pas la seule condition de la sanction prescrite ou permise. Prenons un exemple tiré du droit civil. L'obligation juridique d'exécuter un contrat s'exprime dans une règle de droit ainsi conçue : si deux individus ont conclu un contrat et que l'un d'eux ne l'exécute pas, et si l'autre intente une action devant le tribunal compétent, celui-ci doit ordonner une exécution forcée dirigée contre les biens de celui qui n'a pas exécuté le contrat.

Celui qui viole son obligation d'exécuter le contrat commet un acte illicite, mais il est clair que cet acte illicite n'est pas la seule condition de la sanction. Il faut encore qu'un contrat ait été conclu et qu'une action ait été intentée devant le tribunal compétent. La sanction en cas d'inexécution d'un contrat est ainsi subordonnée pour le moins à trois conditions et une seule d'entre elles a le caractère d'un acte illicite. A quoi peut-on la reconnaître? L'acte illicite est-il la conduite de l'individu contre lequel la sanction est dirigée en tant que conséquence de cette conduite? Pour pouvoir l'affirmer, il faudrait que la sanction soit toujours dirigée contre l'auteur de l'acte illicite ; or il arrive fréquemment qu'elle frappe un ou plusieurs autres individus dont la conduite ne figure pas parmi les conditions de la sanction. Ces individus sont alors responsables d'un acte illicite commis par quelqu'un d'autre. Il en est notamment ainsi dans le cas de la vendetta, sanction des droits primitifs, et dans celui des représailles et de la guerre, sanctions du droit international général.

LA RESPONSABILITÉ JURIDIQUE

1. RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE ET RESPONSABILITÉ COLLECTIVE.

Dans les exemples que nous venons de citer la sanction n'est pas, ou n'est que partiellement dirigée contre l'auteur de l'acte illicite. Elle frappe des individus dont la conduite ne figure pas parmi les conditions de la sanction. Ceux-ci sont responsables de l'acte illicite, non parce qu'ils l'ont commis, mais parce qu'ils appartiennent à la même communauté que l'auteur de cet acte. Leur responsabilité est collective, par opposition à la responsabilité individuelle apparaissant dans les cas où la sanction est dirigée exclusivement contre l'auteur de l'acte illicite.

Quand un individu est responsable de la conduite d'autrui, sa propre conduite ne figure pas parmi les conditions de la sanction. La conduite de l'individu responsable ne présente donc un intérêt juridique que s'il s'agit d'une responsabilité individuelle.

Si nous examinons les cas où il y a responsabilité collective, nous voyons qu'il y a toujours une relation entre l'auteur de l'acte illicite et les individus contre lesquels la sanction est dirigée. Cette relation permet d'admettre qu'une sanction dirigée contre les personnes collectivement responsables d'un acte illicite atteindra indirectement celui qui en est l'auteur.

Par exemple le commandant d'une armée occupant un territoire ennemi décrète que des otages choisis parmi les notables seront fusillés si des actes de sabotage sont commis contre l'armée occupante. Cette sanction est dirigée directement contre des individus qui n'ont pas commis d'actes de sabotage, mais parce qu'ils appartiennent à la même communauté que les saboteurs éventuels, on admet que ceux-ci seront atteints indirectement par la sanction et que cette circonstance incitera toute la population à s'abstenir d'actes de sabotage.

Autre exemple : Le chef de l'État A accomplit dans l'exercice de ses fonctions un acte violant un traité conclu avec l'État B. A titre de représailles le ministère de la justice de l'État B saisit les biens des ressortissants de l'État A qui résident sur le territoire de l'État B. Cette sanction n'est pas dirigée contre l'auteur de la violation du traité, mais contre des ressortissants de l'État à la tête duquel il se trouve. On décrit habituellement cette situation en disant que l'État, en sa qualité de personne juridique, est responsable de sa propre conduite et que la sanction est dirigée contre l'auteur même de l'acte illicite, à savoir contre la personne juridique de l'État¹. Mais la notion de personne juridique implique que l'on assimile les organes aux sujets et vice-versa et elle permet de considérer qu'une sanction dirigée contre un sujet en raison d'un acte illicite commis par un organe atteint indirectement cet organe. Relevons en passant qu'une telle situation présente quelque analogie avec l'exécution forcée du droit civil. Cette sanction est dirigée contre des biens, mais elle atteint indirectement celui qui les possède.

2. RESPONSABILITÉ ET OBLIGATION.

Bien des confusions auraient été évitées, si l'on avait toujours su faire la distinction qui s'impose entre la responsabilité juridique et l'obligation juridique. On a aussi l'habitude de

¹ La notion de personne juridique sera examinée plus loin, page 106.

dire qu'un individu est responsable d'un dommage causé par lui-même ou par autrui, quand il est obligé de le réparer. Cette formule n'est pas correcte, car l'obligation et la responsabilité sont deux notions tout à fait différentes.

Il y a obligation de se conduire d'une manière déterminée quand la conduite opposée est la condition d'une sanction. Il y a donc identité entre le sujet d'une obligation et le sujet de la conduite qui forme le contenu de cette obligation. En revanche un individu est responsable d'une conduite déterminée (la sienne ou celle d'autrui), quand en cas de conduite contraire une sanction est dirigée contre lui. La responsabilité peut donc se rapporter à la conduite d'autrui, tandis que l'obligation a toujours pour objet la conduite de la personne obligée. En outre l'individu responsable est l'objet de la conduite de l'organe étatique chargé de lui appliquer une sanction, tandis que l'individu obligé est le sujet de la conduite qui forme le contenu de son obligation. La notion d'obligation est liée à celle de fait illicite, tandis que la responsabilité se rattache à la sanction. A leur tour fait illicite et sanction sont reliés dans la règle de droit par le principe d'imputation. Telles sont les notions primordiales d'une théorie du droit.

CHAPITRE VII

SCIENCE DU DROIT ET SOCIOLOGIE JURIDIQUE

1. NÉGATION DU CARACTÈRE NORMATIF DU DROIT.

Pour la Théorie pure le droit est un ensemble de normes, un ordre normatif. Mais certains théoriciens contestent que le droit ait un sens normatif. Ils voient en lui, dans les actes qui le créent, un simple moyen d'obtenir que les hommes auxquels ces actes s'adressent se conduisent d'une manière déterminée. Le droit serait ainsi la cause de certains effets et il se manifesterait dans une certaine régularité des comportements humains. Ces théoriciens font intentionnellement abstraction du fait que tout acte créateur de droit se présente avec un sens normatif, car ils ne croient pas pouvoir admettre d'autre réalité que celle des faits naturels. Dans l'affirmation du législateur ou du juriste que le voleur doit être puni, ils ne voient qu'un essai d'amener les hommes à ne pas voler en les avisant que certains d'entre eux sont chargés de punir les voleurs. Il n'y aurait là qu'un moyen de faire naître dans l'esprit des hommes certaines représentations suffisamment fortes pour déclencher la conduite désirée. Au lieu de dire, comme le font les juristes, que les voleurs doivent être punis ou que le vol est interdit, on se borne à constater que les uns cherchent à amener les autres à ne pas voler ou à punir les voleurs et qu'en général on s'abstient de voler et on punit les voleurs.

Ainsi envisagé comme une relation entre les hommes qui le

créent et ceux qui l'appliquent, le droit fait penser au chasseur qui place des appâts pour attirer le gibier dans un piège. Cette comparaison est exacte non seulement parce que dans les deux cas on fait appel aux mêmes mobiles psychologiques, mais aussi dans la mesure où, selon cette conception du droit, le législateur et le juriste créeraient une illusion en présentant le droit comme une norme. L'idée de norme ne correspondrait à aucune réalité et l'usage d'une forme normative n'aurait, contrairement à ce que pense la Théorie pure, aucune signification spéciale en droit positif. A ce point de vue il n'existerait que des phénomènes naturels soumis au principe de causalité et les actes juridiques seraient envisagés uniquement comme de tels phénomènes, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de leur sens normatif spécifique. Ce sens normatif que le droit s'attribue et qui lui est attribué par la science juridique ne serait qu'une simple « idéologie », même quand il est dépouillé par la Théorie pure de toute valeur morale absolue. La seule « réalité », le seul objet possible de la connaissance scientifique serait la nature, soit en l'espèce les phénomènes psycho-physiologiques, soumis à la causalité, qui interviennent dans les actes juridiques.

2. LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE.

Cette conception du droit est à la base d'une science appelée sociologie juridique. Nous n'avons pas à nous prononcer ici sur ses chances de succès, ni sur sa valeur. Nous nous bornons à relever qu'elle n'étudie pas le sens spécifique des normes juridiques, mais certains phénomènes naturels qui dans le système du droit sont qualifiés de faits juridiques. La sociologie juridique n'établit pas une relation entre les faits naturels qu'elle étudie et certaines normes valables, mais entre ces faits et d'autres faits qu'elle considère comme leurs causes ou leurs effets. Elle cherche par exemple à connaître les raisons pour lesquelles un législateur édicte telle norme plutôt que telle autre, et à déterminer les effets de sa décision. Elle se demande dans

quelle mesure des faits économiques ou des conceptions religieuses influencent l'activité des tribunaux, ou pourquoi les hommes se conforment ou ne se conforment pas aux normes juridiques. Une telle science ne voit dans le droit qu'un fait naturel se manifestant dans la conscience des individus qui créent les normes juridiques, les appliquent ou les violent. L'objet de cette science n'est donc pas le droit lui-même, mais certains phénomènes naturels qui lui sont parallèles. De même quand un physiologiste étudie les phénomènes chimiques ou physiques qui provoquent ou accompagnent une sensation, il ne saisit pas la sensation elle-même, car celle-ci ne saurait être expliquée par la chimie ou la physiologie.

Si le droit n'est pas un ensemble de normes et si l'on écarte la notion de *devoir* (*sollen*), il n'est pas possible d'affirmer que telle action est prescrite par le droit, telle autre défendue par lui, que tel objet m'appartient ou ne m'appartient pas, que j'ai le droit de faire ceci ou l'obligation de faire cela. Bref les mille propositions par lesquelles la vie juridique s'exprime quotidiennement ont perdu leur signification, car c'est tout autre chose de dire que Pierre est obligé juridiquement de verser mille francs à Paul, que de dire : il y a des chances que Pierre verse mille francs à Paul. De même si je dis que tel acte est au sens de la loi un délit et doit être puni, ce n'est pas la même chose que si je dis : celui qui a commis cet acte sera selon toute vraisemblance puni. Une déclaration sur le cours probable des événements n'exprime pas le sens immanent des prescriptions ou permissions adressées par le législateur aux organes chargés d'appliquer la loi, par un tel organe à un sujet de droit dans un arrêt judiciaire ou un acte administratif, ou par un sujet à un autre dans un contrat. Une telle déclaration se place à un point de vue transcendant au droit. Elle ne répond pas à la question spécifiquement juridique de savoir ce qu'est le droit, mais à la préoccupation métajuridique de connaître les événements et le cours probable qu'ils suivront.

La sociologie juridique ne s'intéresse pas aux normes formant l'ordre juridique, mais aux actes par lesquels ces normes

sont créées, à leurs causes et à leurs effets dans la conscience des hommes. La Théorie pure du droit, qui veut être une science spécifique du droit, n'étudie pas les faits de conscience se rapportant aux normes juridiques, tels que le fait de vouloir ou de se représenter une norme, mais uniquement ces normes prises en elles-mêmes, dans leur sens spécifique, de quelque manière qu'on le veuille ou se le représente. Elle ne s'occupe d'un fait que dans la mesure où il est déterminé par une norme juridique.

La Théorie pure ne se dissimule pas que la signification normative spécifique des faits dits juridiques résulte d'une interprétation possible, mais non nécessaire, liée à une hypothèse fondamentale. De plus elle se rend compte qu'il n'est pas possible de prouver l'existence du droit comme on prouve celle des phénomènes naturels, ni de réfuter par des arguments décisifs les conceptions des théoriciens de l'anarchisme, qui, là où les juristes parlent de droit, ne veulent voir que la force pure et simple. Mais elle ne croit pas devoir en tirer la conséquence qu'il faille renoncer à la catégorie de l'imputation et à une théorie normative du droit ayant pour but d'établir la signification spécifique de certains actes.

Le fait qu'une science du droit existe depuis des siècles sous la forme d'une jurisprudence dogmatique et qu'elle répond aux besoins intellectuels des juristes suffit à prouver la possibilité et même la nécessité d'une telle théorie. Il n'y a aucune raison de ne pas donner satisfaction à ces besoins tout à fait légitimes et de renoncer à une telle science du droit. La sociologie juridique ne saurait d'ailleurs la remplacer, car elle s'occupe de problèmes tout à fait différents. De même que l'existence d'une religion appelle une théologie dogmatique, qui ne peut être remplacée par une psychologie ou une sociologie de la religion, l'existence d'un droit suscite une théorie normative de celui-ci. Quant à la place d'une telle théorie dans le système général des sciences, nous l'avons précisée dans la première partie de cette étude¹.

¹ Voir pages 25 et suivantes.

CHAPITRE VIII

LE DUALISME DANS LA THÉORIE DU DROIT ET SON ÉLIMINATION

1. DROIT NATUREL ET DROIT POSITIF.

a) *L'erreur logique de la doctrine du droit naturel.*

La théorie générale du droit, telle qu'elle a été développée par la science juridique positiviste du dix-neuvième siècle, est caractérisée par un dualisme qui affecte l'ensemble du système et chacune de ses parties. C'est un héritage de la doctrine du droit naturel à laquelle cette théorie générale a succédé.

La doctrine du droit naturel a pour fondement le dualisme du droit naturel et du droit positif. Elle croit pouvoir à l'aide de ce dualisme résoudre le problème éternel de la justice absolue et donner une réponse définitive à la question du bien et du mal dans les relations mutuelles des hommes. Elle juge possible de distinguer les comportements humains qui sont conformes à la nature et ceux qui ne le sont pas, les premiers étant en quelque sorte prescrits par la nature, les seconds prohibés par elle. Les règles applicables à la conduite des hommes pourraient ainsi être déduites de la nature de l'homme et en particulier de sa raison, de la nature de la société et même de la nature des choses. Il suffirait d'examiner les faits de la nature pour trouver la solution absolument juste des problèmes sociaux. La nature

remplirait des fonctions législatives, elle serait le législateur suprême ¹.

Une telle théorie suppose que les phénomènes naturels ont un but et que dans leur ensemble ils sont déterminés par des causes finales. Ce point de vue téléologique implique l'idée que la nature est douée d'intelligence et de volonté, qu'elle est un ordre établi par un être surhumain, par une autorité à laquelle l'homme doit obéissance. En d'autres termes la nature en général et l'homme en particulier serait une création de Dieu, une manifestation de sa volonté juste et toute puissante.

Au degré le plus bas de la civilisation cette interprétation de la nature prend la forme de l'animisme, pour lequel les animaux, les plantes, les rivières, les étoiles sont des êtres animés : des esprits ou des âmes se tenant en eux ou derrière eux et se comportant à l'égard des hommes de la même manière que les hommes entre eux. L'animisme est ainsi une interprétation sociale de la nature, conçue comme un élément du groupe social. De plus les esprits placés à l'intérieur des choses ou derrière elles sont tenus pour des êtres très puissants, capables de nuire à l'homme aussi bien que de le protéger. Aussi doivent-ils être l'objet d'un culte, de telle sorte que l'animisme est également une interprétation religieuse de la nature.

A un stade plus élevé de l'évolution religieuse les nombreux esprits sont remplacés par un seul dieu, dont la volonté juste et toute puissante se manifeste dans la nature. Si la doctrine du droit naturel veut être conséquente avec elle-même, elle doit avoir un caractère religieux, car le droit naturel est nécessairement un droit divin, s'il doit être éternel et immuable, contrairement au droit positif, temporaire et variable, créé par les hommes. De même seule l'hypothèse d'un droit naturel établi par la volonté de Dieu permet d'affirmer que les droits subjectifs sont innés à l'homme et qu'ils ont un caractère sacré,

¹ Nous avons développé cette idée dans un article intitulé *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, paru dans *The Western Political Quarterly* (Université de Utah), vol. 2, 1949, p. 481-513.

avec cette conséquence que le droit positif ne pourrait ni les accorder à l'homme, ni les lui enlever, mais seulement les protéger et les garantir.

Toute doctrine du droit naturel a donc un caractère religieux plus ou moins accentué ¹, mais la plupart de ses partisans et notamment les plus éminents d'entre eux cherchent à distinguer le droit naturel du droit divin et à fonder leur théorie sur la nature telle qu'elle est interprétée par la raison humaine. Ils voudraient déduire le droit naturel de la raison humaine et donner ainsi à leur théorie un caractère pseudo-rationaliste.

Si l'on se place à un point de vue scientifique, la première objection à formuler contre la doctrine du droit naturel est qu'elle ne fait pas la distinction nécessaire entre les propositions par lesquelles les sciences de la nature décrivent leur objet et celles par lesquelles la science du droit et la morale décrivent le leur. Or nous avons vu que les lois naturelles appliquent le principe de causalité, tandis que les lois normatives recourent à celui d'imputation. En tant qu'objet de la connaissance scientifique la nature est un système de faits liés les uns aux autres par des relations de cause à effet indépendantes de toute volonté humaine ou surhumaine. Le droit et la morale au contraire sont des systèmes de normes créées par une volonté humaine ou surhumaine et établissant entre les comportements humains qu'elles régissent des relations fondées sur le principe d'imputation.

La nature est donc ce qui est, le droit ou la morale ce qui doit être. En assimilant les lois naturelles à des règles de droit et en prétendant que l'ordre de la nature est un ordre social juste ou contient un tel ordre, la doctrine du droit naturel, à l'instar de l'animisme primitif, considère que la nature fait partie de la société.

Comme nous l'avons exposé plus haut ², une norme constitue

¹ Voir par exemple HUGO GROTIIUS, *De jure belli ac pacis*, Prolegomena, par. 12 ; livre I, chap. I, section 10 ; THOMAS HOBBS, *Leviathan*, I, chap. 15 ; SAMUEL PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, livre II, chap. 3, section 20.

² Voir page 20.

une valeur ; un jugement constatant qu'un fait est ou n'est pas conforme à une norme est un jugement de valeur. Un tel jugement est essentiellement différent d'un jugement de réalité si la norme à laquelle il se rapporte n'a pas été créée par un acte se déroulant dans l'espace et dans le temps, mais a seulement été supposée par l'auteur du jugement. La valeur n'est pas inhérente à l'objet jugé, elle lui est attribuée par une norme. Elle représente la relation entre l'objet et la norme. L'analyse d'un objet ou d'un comportement humain ne permet pas d'en découvrir la valeur, car celle-ci n'est pas immanente à la réalité naturelle et elle ne peut pas en être déduite. Quand un fait est donné dans la réalité naturelle, il ne s'en suit pas qu'il doive ou ne doive pas exister. Du fait que les gros poissons mangent les petits il n'est pas possible de déduire que leur conduite est bonne ou mauvaise. Aucun raisonnement logique ne permet de passer de ce qui est à ce qui doit être, de la réalité naturelle à la valeur morale ou juridique.

C'est dans la volonté divine seulement que ce qui doit être coïncide avec ce qui est et que le dualisme logique de la réalité et de la valeur se trouve éliminé, mais cela suppose que l'on se place à un point de vue métaphysique et irrationnel. Si l'on veut tenir la justice de Dieu pour immanente à la réalité, il faut admettre que cette réalité est la manifestation de la volonté juste de Dieu.

Nous avons vu que les valeurs constituées par des normes simplement supposées par l'auteur d'un jugement ont un caractère subjectif, parce qu'elles sont fondées en dernière analyse sur le désir ou la peur. La doctrine du droit naturel prétend que les normes réglant la conduite des hommes peuvent être trouvées en analysant la réalité naturelle, car elles seraient créées conjointement par la nature et par la volonté de Dieu. Elles seraient donc des normes positives. Il n'est toutefois pas possible de prouver l'existence de l'acte par lequel elles ont été créées. En fait les normes que la doctrine du droit naturel tient pour « posées » par la volonté divine sont seulement des normes supposées par ceux qui affirment leur validité. Les valeurs qu'ils

déclarent objectives et absolues sont seulement subjectives et relatives.

b) *Les contradictions de la doctrine du droit naturel.*

Selon la doctrine du droit naturel il y a au-dessus du droit positif, imparfait et créé par les hommes, un droit naturel parfait, absolument juste, établi par une autorité surhumaine. Il en résulte que le droit positif tire sa justification et sa validité de sa correspondance avec le droit naturel. Mais si tel était bien le cas et si l'on pouvait, comme l'affirme la doctrine du droit naturel, découvrir les règles du droit naturel en analysant la nature (certains auteurs tiennent même le droit naturel pour évident en soi), le droit positif serait véritablement superflu. L'élaboration du droit positif ne serait qu'une activité ridicule, comparable à un éclairage artificiel en plein soleil.

Cependant aucun partisan de la doctrine du droit naturel n'a eu le courage de tirer cette conclusion. Tous au contraire insistent sur la nécessité absolue d'un droit positif. Pour eux la tâche la plus importante de la doctrine du droit naturel est de démontrer qu'il est indispensable d'avoir un droit positif et par conséquent un État chargé de l'établir. En voulant s'acquitter de cette tâche, la plupart des théoriciens du droit naturel s'engagent dans une contradiction caractéristique. Si la nature humaine est la source du droit naturel, ils doivent admettre que l'homme est foncièrement bon, mais pour justifier la nécessité d'un ordre de contrainte sous la forme du droit positif, ils doivent invoquer la perversité de l'homme. Ainsi ils ne déduisent pas le droit naturel de la nature humaine telle qu'elle est, mais de la nature humaine telle qu'elle devrait être ou telle qu'elle serait si elle correspondait au droit naturel. Au lieu de déduire le droit naturel de la vraie nature de l'homme, ils déduisent une nature idéale de l'homme d'un droit naturel dont ils supposent l'existence.

Si le droit positif tirait sa validité de sa correspondance avec le droit naturel, toute norme législative ou coutumière contraire

au droit naturel devrait être tenue pour nulle et non avenue. Telle est la conséquence inévitable d'une théorie qui fait du droit positif un système de normes subordonné au droit naturel. On peut juger de la sincérité des théoriciens du droit naturel en examinant dans quelle mesure ils admettent cette conséquence, mais très peu d'entre eux passent une telle épreuve. Ils cherchent souvent à se tirer d'affaire en prouvant, selon les méthodes spécifiques de la doctrine du droit naturel, qu'un conflit entre le droit positif et le droit naturel est impossible¹, ou s'ils admettent la possibilité d'un tel conflit, celui-ci se présenterait seulement dans des cas exceptionnels qui ne sauraient guère affecter la validité du droit positif². Pour éliminer pratiquement la possibilité d'une annulation du droit positif par le droit naturel en cas de conflit entre ces deux droits, on a fait valoir qu'il s'agit nécessairement d'un conflit d'opinions sur le contenu du droit naturel dans un cas particulier, conflit opposant l'organe étatique qui crée ou applique le droit positif et le sujet soumis à ce droit. Or le sujet ne peut pas résoudre un tel conflit. Seul l'organe étatique est en mesure de le faire, de telle sorte que son opinion prévaut quand un sujet tient une norme juridique positive pour contraire au droit naturel³.

Un autre moyen d'assimiler le droit positif au droit naturel est de définir la justice en disant, comme le font la plupart des partisans du droit naturel, qu'elle consiste à donner à chacun son dû. Cette définition n'indiquant pas ce qui est dû à chacun, le renvoi au droit positif est inévitable. Cela revient à dire que la justice du droit naturel exige de donner à chacun ce qui lui est dû selon le droit positif.

Enfin tous les représentants notables de la doctrine du droit naturel déclarent que ce droit ne connaît pas le droit de résister à l'autorité ou ne l'admet que d'une manière très restreinte.

¹ HOBBS, *De Cive*, chap. XIV, par. 10.

² PUFENDORF, *op. cit.*, livre VIII, chap. 1, section 2.

³ PUFENDORF, *op. cit.*, livre VIII, chap. 1, section 5 ; livre VII, chap. 4, section 2.

Ainsi un conflit possible entre le droit positif et le droit naturel ne pourrait pas avoir d'effets dangereux pour les autorités établies. Quand un droit de résistance est admis, il est réduit soit à la simple résistance passive (c'est-à-dire à la désobéissance suivie de soumission à la sanction statuée par le droit positif), soit à la résistance contre un usage illégal de la force selon le droit positif, ou bien le droit de résistance est limité aux cas très graves ou à la résistance individuelle à l'exclusion de toute résistance organisée¹.

Si l'on procède à une analyse critique des ouvrages classiques de la doctrine du droit naturel, on constate que l'idée d'un droit naturel supérieur au droit positif n'a pas pour but d'affaiblir l'autorité du droit positif, comme on pourrait le croire au premier abord, mais bien de la renforcer. La doctrine a dans son ensemble un caractère conservateur très marqué. Sans doute a-t-elle eu certaines tendances réformatrices que l'on constate surtout dans le domaine du droit international, mais à l'égard du droit national cette tendance n'a pas eu l'importance qu'on a voulu lui attribuer. De plus, là où une adaptation du droit positif au droit naturel est préconisée, elle est présentée seulement comme un postulat à l'adresse du législateur et non comme un effet automatique du droit naturel. On part donc de l'idée que le droit positif reste en vigueur aussi longtemps que le législateur ne l'a pas adapté au droit naturel. Notons cependant que certains partisans du droit naturel ont été opposés à toute réforme législative².

c) *Les résultats contradictoires de la doctrine du droit naturel.*

L'affirmation que tel comportement humain est naturel, c'est-à-dire conforme à la nature ou prescrit par elle, est en dernière analyse un jugement de valeur subjectif. Il s'en suit

¹ PUFENDORF, *op. cit.*, livre VII, chap. 8, sections 4 et 5 ; EMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*. Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. VI, p. 320.

² BENEDICTUS WINKLER, *Principiorum juris libri quinque*, 1615.

qu'il n'y a pas *une* doctrine du droit naturel, mais un grand nombre soutenant des thèses contradictoires. Pour l'une la démocratie est la forme naturelle de gouvernement¹, pour l'autre elle est contraire à la nature et seule l'autocratie et plus particulièrement la monarchie absolue est conforme à ses lois². Locke a déduit de la nature que le pouvoir du gouvernement est essentiellement limité³; Hobbes en a tiré le principe contraire⁴.

Le principal problème de notre temps est celui de la propriété privée et de la justice des systèmes juridiques et économiques fondés sur elle. Or on constate parmi les théories juridiques et politiques récentes un retour marqué à la doctrine du droit naturel. Cela est dû dans une certaine mesure à l'idée que cette doctrine permettrait seule de défendre de façon efficace le système capitaliste dans sa lutte contre le communisme. En fait, de Grotius à Kant les représentants les plus éminents de la doctrine du droit naturel se sont efforcés de démontrer que la propriété privée est un droit sacré, accordé à l'homme par la nature ou par Dieu.

Cette thèse est d'autant plus remarquable que, selon l'Écriture sainte et l'interprétation qui en est donnée par l'Église, Dieu donna toutes les choses en commun à tous les hommes. Il est donc particulièrement difficile de démontrer que la propriété privée, domination exclusive d'un homme sur une chose, est conforme à la nature telle qu'elle a été créée par Dieu. On y est parvenu par le raisonnement suivant : créé à l'image de Dieu l'homme était originairement bon, mais ayant, conformément à la divine providence, succombé au péché, il est devenu mauvais. Les choses ont dû s'adapter à cette seconde nature d'après la chute et elles sont ainsi devenues la propriété privée de l'homme⁵.

¹ JOHN LOCKE, *The Second Treatise on Civil Government*, chap. VIII, par. 99.

² ROBERT FILMER, *Patriarcha*, chap. II, par. 4.

³ *Op. cit.*, chap. XI, par. 135.

⁴ *The Elements of Law*, publié par F. Toennies, Cambridge, 1928, p. 87 et suivantes.

⁵ GROTIUS, *op. cit.*, livre II, chap. 2.

Mais on ne se borne pas à dire que la nature établit le droit de propriété individuelle, on considère qu'elle en consacre l'inviolabilité. La distribution des biens, telle qu'elle est effectuée par le droit positif, est juste parce qu'elle est conforme au droit naturel, parce qu'elle est fondée sur l'institution inébranlable de la propriété privée. Cette distribution garantissant le maximum de bonheur possible, toute tentative de la modifier par l'adoption d'un autre système économique est jugée contraire au droit naturel et par conséquent injuste¹.

De nombreux partisans du droit naturel estiment que l'une des principales fonctions de l'État, c'est-à-dire du droit positif, est de protéger le droit de propriété établi par la nature elle-même. L'État n'aurait pas le pouvoir d'abolir un tel droit, qui existerait indépendamment du droit positif. Certains vont jusqu'à prétendre que la nature n'établit pas un droit absolu à la vie. Le droit positif pourrait ainsi, sans violer le droit naturel, imposer à l'homme l'obligation de sacrifier sa vie à l'État. Mais ils déclarent en même temps que l'État ne peut en aucune circonstance prélever des impôts sans le consentement des contribuables et que l'expropriation sans indemnité viole une loi absolue de la nature². La propriété aurait ainsi au regard de la nature une plus grande valeur que la vie.

On comprend qu'une telle théorie fondée sur le droit naturel soit tenue pour le plus fort bastion de la défense contre le communisme. Le même droit naturel a cependant été invoqué pour démontrer que la propriété privée est contraire à la nature et qu'elle est la source de tous les maux sociaux. Telle est la thèse d'un ouvrage publié sans nom d'auteur, qui a paru à Paris en 1755 sous le titre *Code de la nature ou le véritable esprit de ses lois*³. Attribué d'abord à Diderot, cet ouvrage est dû à la plume d'un certain Morelli, dont nous ne savons pas grand'chose. Il

¹ RICHARD CUMBERLAND, *De legibus naturae*, 1672, chap. I, par. 27 ; chap. VII, par. 2 et 9.

² LOCKE, *op. cit.*, chap. XI, par. 138 et 139.

³ Publié dans la Collection des économistes et des réformateurs sociaux de la France par E. Dolléans, Paris, 1910.

devint l'évangile du socialisme au dix-huitième siècle et Babœuf, chef d'un mouvement communiste pendant la révolution française, le cite fréquemment. Plusieurs de ses idées ont été développées plus tard par Fourier et d'autres théoriciens communistes.

Parce qu'elle suit une méthode logiquement erronée, la doctrine du droit naturel permet de justifier les jugements de valeur les plus contradictoires. Elle est donc sans intérêt pour qui recherche la vérité en se plaçant à un point de vue scientifique. Mais si elle ne peut en aucune manière servir à l'avancement de la science, elle peut être d'une grande utilité dans le domaine de la politique, comme instrument intellectuel pour la défense de certains intérêts.

Dans le dialogue des *Lois* Platon distingue les mensonges permis et ceux qui ne le sont pas. Un mensonge est permis s'il est utile au gouvernement. On peut par exemple enseigner que seul l'homme juste est heureux, quand bien même cela serait contraire à la vérité. Si c'est un mensonge, il est très utile, car il garantit l'obéissance au droit. De même la doctrine du droit naturel fait entorse à la vérité lorsqu'elle se prétend apte à déterminer de façon objective ce qui est juste, mais ses partisans peuvent la considérer comme un mensonge utile.

2. DROIT OBJECTIF ET DROIT SUBJECTIF.

Le positivisme du dix-neuvième siècle ne renonce pas entièrement à justifier le droit par des valeurs supra-positives, mais il procède de façon indirecte et pour ainsi dire camouflée. Ses représentants n'admettent pas (du moins pas expressément) qu'il y ait au-dessus du droit positif un droit ayant une valeur absolue, mais une telle valeur est implicitement contenue dans la notion même du droit, telle qu'ils la conçoivent.

Laissons cependant de côté ce dualisme en quelque sorte immanent et caché et étudions le dualisme patent et systématique qui apparaît dans la distinction entre droit objectif et

droit subjectif, droit public et droit privé, État et droit et dans de nombreux autres couples de notions opposées. Ce dualisme, aux formes et aux applications variées, n'a pas pour unique fonction de justifier le droit positif ; il tend aussi à lui fixer certaines limites. Si l'opposition entre État et droit a essentiellement une fonction justificatrice, la distinction entre droit objectif et droit subjectif a manifestement pour but de limiter le domaine du droit positif. Quant à l'opposition entre droit public et droit privé, elle a des significations très nombreuses et des fonctions idéologiques variées.

a) *La notion de droit subjectif.*

On enseigne souvent que le droit doit être compris à la fois dans un sens objectif et dans un sens subjectif, mais on introduit ainsi une contradiction de principe à la base même de la théorie du droit, car dans son sens objectif le droit a un caractère normatif, il est un ensemble de normes, un ordre, tandis que dans son sens subjectif il est un intérêt ou une volonté, soit quelque chose de si différent qu'il n'est pas possible de subsumer le droit objectif et le droit subjectif sous un concept unique. Cette contradiction subsiste même si l'on fait valoir qu'il y a une relation entre le droit objectif et le droit subjectif, le second étant un intérêt protégé par le premier, une volonté reconnue et garantie par lui.

Dans sa signification première ce dualisme exprime l'idée que le droit subjectif vient avant le droit objectif tant au point de vue logique que chronologique. Les droits subjectifs naissent les premiers, notamment la propriété qui en est le prototype et qui résulte de l'appropriation originaire. Le droit objectif ne vient que plus tard sous la forme d'un ordre étatique reconnaissant, garantissant et protégeant les droits subjectifs qui ont pris naissance indépendamment de lui. Cette conception est en particulier celle des représentants de l'école historique, qui a été la première manifestation du positivisme juridique au dix-neuvième siècle et qui a exercé une influence considérable

sur la formation des notions de la théorie générale du droit. Dernburg écrit par exemple : « Des droits au sens subjectif existaient dans l'histoire bien avant qu'un ordre étatique conscient n'ait été établi. Ils étaient fondés sur la personne de leurs titulaires et dans le respect que ceux-ci avaient su obtenir et imposer pour eux-mêmes et pour leurs biens. C'est seulement par abstraction que l'on passa peu à peu de la constatation des droits subjectifs à l'idée d'un ordre juridique. Il est donc inexact et contraire à l'histoire d'affirmer que les droits subjectifs seraient seulement des émanations du droit au sens objectif »¹.

b) *La notion de sujet de droit ou de personne.*

La notion de sujet de droit ou de personne est étroitement liée à celle de droit subjectif. Il ne s'agit au fond que de deux aspects de la même notion. Le sujet de droit, dont le modèle est le propriétaire, est le titulaire d'un droit subjectif. Il est conçu comme un être juridique indépendant de l'ordre juridique. Il y aurait ainsi une personnalité juridique que le droit subjectif trouverait en quelque sorte préexistante dans l'individu ou dans certaines collectivités. Le droit objectif, soit le droit établi par l'État, pourrait seulement reconnaître cette personnalité et il devrait le faire s'il veut être un véritable droit.

L'opposition entre le droit objectif et le sujet de droit est logiquement contradictoire dans la mesure où l'on affirme que l'un et l'autre existent simultanément, car dans cette théorie le droit objectif est une norme hétéronome imposant une

¹ HEINRICH DERNBURG, *Pandekten*, 4^e édition, 1894, vol. I, par. 39 : « Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn. »

obligation et même une contrainte, tandis que la qualité de personne juridique est par essence la négation de toute obligation, la liberté au sens de l'auto-détermination ou de l'autonomie. C'est ainsi que Puchta déclare : « La notion fondamentale du droit est la liberté, soit la possibilité de se déterminer soi-même. L'homme est sujet du droit parce qu'il a cette possibilité, parce qu'il a une volonté »¹.

c) *Fonction idéologique des notions de droit subjectif et de sujet de droit.*

Une telle définition de la personnalité juridique a évidemment un caractère fictif. Dans le domaine du droit l'auto-détermination des individus ne se rencontre guère que dans le cadre du droit dit privé, où le contrat est un fait créateur de droit, et encore ne s'agit-il que d'une autonomie très restreinte et improprement dite. Personne ne peut en effet s'accorder des droits, le droit de l'un supposant l'obligation de l'autre et une telle relation ne pouvant naître, conformément à l'ordre juridique objectif, que par des manifestations concordantes de volonté émanant de deux individus. Il faut de plus que le droit objectif attribue au contrat la qualité de fait créateur de droit, de telle sorte qu'en dernière analyse le droit contractuel émane du droit objectif et non des parties contractantes.

Il est facile d'apercevoir la fonction idéologique de ces notions, en elles-mêmes contradictoires, de droit subjectif et de sujet de droit. Il s'agit de maintenir l'idée que le droit subjectif, c'est-à-dire en fait la propriété privée, est une catégorie transcendante au droit objectif, une institution qui lui impose des limites infranchissables. Cela est d'autant plus important si le droit objectif est conçu comme un ordre suscep-

¹ G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 7^e édition, 1871, vol. I, p. 4, 6 et 8 : « Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist : Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der Mensch ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, dass er einen Willen hat. »

tible de se transformer et évoluant constamment, comme une création arbitraire de l'homme et non comme un ordre fondé sur la volonté éternelle d'une divinité, sur la raison ou la nature. C'est important aussi quand l'ordre juridique est créé suivant une procédure démocratique.

Par l'idée d'un droit distinct et indépendant du droit objectif, qui serait tout autant, sinon plus que lui, un véritable droit, on cherche à éviter que l'institution de la propriété privée ne soit supprimée par l'ordre juridique. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi l'idéologie du droit subjectif s'appuie sur la valeur morale de la liberté individuelle et de l'autonomie de la personne, si la propriété privée est toujours comprise dans le domaine réservé à cette liberté et à cette autonomie. Il s'agit de refuser la qualité d'ordre juridique à un système de normes qui ne reconnaîtrait pas une telle liberté aux individus, c'est-à-dire ne garantirait pas leurs droits subjectifs.

La philosophie du droit de Hegel est un exemple très caractéristique de cette tendance. Elle voit dans le droit subjectif, qu'elle identifie avec la propriété, la réalisation extérieure de la liberté. L'homme est une personne grâce à la liberté de sa volonté, mais il doit se donner un domaine extérieur où sa liberté s'exercera. Ce domaine est la propriété. Pour Hegel la propriété est la première existence de la liberté et comme telle un but en soi d'une importance essentielle. La raison exige donc que l'homme possède des biens. En tant que personnes les hommes sont égaux, mais ils ne le sont pas en tant que propriétaires. Identifiant la notion de propriété à celle de propriété privée ou individuelle, Hegel écarte résolument le postulat de l'égalité de la propriété. Pour lui la volonté d'un individu particulier se réalise dans la propriété. Il en résulte que la notion de propriété collective ou de communisme est incompatible avec celle de propriété¹. Hegel va jusqu'à dire : « L'idée d'une con-

¹ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, publié par Georg Lasson, Leipzig, 1911 ; 3^e édition, 1930. Traduit en français par André Kaan sous le titre : *Principes de la philosophie du droit*, Paris, 7^e édition, 1949. Voir les paragraphes 41, 45, 46, 49 et 71.

frérie religieuse, amicale ou même imposée, de l'humanité, avec communauté des biens et abolition du principe de la propriété privée, peut facilement séduire ceux qui méconnaissent la nature de la liberté de l'esprit et celle du droit et ne les conçoivent pas dans leurs moments déterminés »¹. Une telle théorie du droit subjectif n'est donc qu'une idéologie destinée à soutenir un système politique fondé sur le principe de la propriété privée.

d) *La notion de rapport juridique.*

Il est tout à fait dans la ligne de cette idéologie d'envisager le rapport entre le droit et la société, en particulier entre le droit et la vie économique, comme un rapport de forme à contenu et le rapport juridique comme une relation sociale à laquelle le droit se borne à donner une signification extérieure. Cette conception est notamment celle des représentants de la science juridique traditionnelle qui disent avoir des préoccupations sociologiques, mais qui en réalité ont simplement un penchant pour le droit naturel. Dans la théorie des rapports juridiques ils introduisent un dualisme rappelant celui du droit objectif et du droit subjectif, quand ils distinguent les droits personnels et les droits réels, les premiers étant une relation entre sujets de droit, les seconds entre un sujet de droit et un objet de droit, entre une personne et une chose.

La propriété est le droit réel par excellence et elle sert de point de départ à toute la construction. On la définit comme la domination exclusive d'une personne sur une chose et on l'oppose aux créances qui fondent des rapports juridiques de nature uniquement personnelle. Cette distinction, qui joue un rôle important dans la théorie du droit civil, présente elle aussi

¹ *Op. cit.*, par. 46 : « Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts erkennt und sie nicht in ihren bestimmten Momenten erfasst. »



un caractère idéologique accusé. On la maintient malgré l'objection constamment renouvelée que la domination juridique d'une personne sur une chose consiste uniquement en un rapport entre un sujet et d'autres sujets, ou plus exactement en un rapport entre la conduite d'un individu et celle d'un ou plusieurs autres individus, à savoir dans la possibilité juridique pour le propriétaire d'empêcher tous les autres sujets de jouir de la chose et dans l'obligation de ceux-ci de ne pas porter atteinte à la faculté qu'il a d'en disposer.

En définissant la propriété comme un rapport entre une personne et une chose, on dissimule son importante fonction sociale et économique, qui d'après les théories socialistes consisterait en une « exploitation ». En fait la propriété est une relation entre le propriétaire et tous les autres sujets de droit, qui sont tenus par le droit objectif de respecter le pouvoir exclusif du propriétaire sur sa chose. Mais la science juridique traditionnelle se refuse à admettre que le droit subjectif du propriétaire ne soit qu'un aspect secondaire de l'obligation des autres sujets de droit. Elle insiste sur le caractère primaire des droits subjectifs et elle va jusqu'à les identifier avec le droit lui-même.

Comme on le voit, les théoriciens du droit s'intéressent beaucoup plus aux droits subjectifs qu'aux obligations juridiques. Certains prétendent même que l'obligation n'est pas une notion juridique, qu'il y a seulement des obligations morales. Le droit connaîtrait des droits subjectifs, mais pas d'obligations juridiques. Or un ordre de contrainte tel que le droit a pour fonction essentielle d'établir une relation normative entre la conduite d'un individu et un acte de contrainte destiné à sanctionner cette conduite et c'est de cette relation que résulte l'obligation de se conduire de manière à éviter la sanction. L'obligation joue donc dans le système du droit un rôle plus important que le droit subjectif. Mais si l'on voit dans la notion de droit subjectif une généralisation de la notion de propriété privée, il serait effectivement maladroit de la lier à celle d'obligation juridique et surtout de voir dans cette dernière une notion d'importance égale, voire supérieure : cela compromet-

trait les services que la notion de droit subjectif peut rendre sur le plan idéologique.

3. RÉDUCTION DU DROIT SUBJECTIF AU DROIT OBJECTIF.

a) *L'obligation juridique.*

S'opposant sur ce point à la doctrine traditionnelle, la Théorie pure du droit met au premier plan la notion d'obligation juridique. Elle tire ainsi les dernières conséquences de certaines idées fondamentales que l'on rencontre déjà dans la doctrine positiviste du dix-neuvième siècle, mais qui n'avaient guère été développées. Pour la Théorie pure l'obligation juridique n'est que la norme juridique elle-même considérée au point de vue de la conduite qu'elle prescrit à un individu déterminé. Elle est la norme dans sa relation avec l'individu dont elle prescrit la conduite en attachant une sanction à la conduite contraire. L'obligation juridique est donc la norme juridique individualisée et elle n'a de ce fait aucun lien avec la notion d'obligation morale. Un individu est juridiquement obligé d'adopter une conduite déterminée dans la mesure où une norme juridique fait de la conduite contraire la condition d'un acte de contrainte appelé sanction. Suivant les cas la sanction est dirigée contre l'auteur de l'acte illicite ou contre un ou plusieurs autres individus. Celui contre qui la sanction est dirigée est responsable de l'acte illicite, même s'il ne l'a pas commis lui-même. Mais seul l'auteur de l'acte illicite viole l'obligation qu'il a de s'en abstenir et il a cette obligation même s'il n'est pas responsable de l'acte illicite. La conduite prescrite est toujours l'objet d'une obligation juridique, même si l'individu obligé est distinct de l'individu responsable de cette conduite.

En revanche il se peut très bien qu'en statuant une obligation et une responsabilité juridique une norme ne crée pas de droit subjectif correspondant. L'établissement de droits subjectifs n'est pas une fonction essentielle du droit objectif. On peut même imaginer un ordre juridique qui n'en établirait pas, mais

aucun ne pourrait s'abstenir de déterminer des obligations et des responsabilités juridiques, car c'est là l'une des fonctions essentielles du droit objectif.

b) *Le droit subjectif.*

Il y a droit subjectif, au sens spécifique du mot, quand parmi les conditions de la sanction figure une manifestation de volonté, plainte ou action en justice, émanant de l'individu lésé dans ses intérêts par un acte illicite. C'est seulement quand une norme juridique met ainsi un individu en mesure de défendre ses intérêts qu'elle crée un droit subjectif en sa faveur. Or un tel droit ne peut pas être opposé au droit objectif, car il n'existe que dans la mesure où il a été créé par lui. Le droit objectif ne se trouve d'ailleurs pas dans la nécessité d'instituer des droits subjectifs. Il a seulement la faculté de recourir à cette technique spéciale, propre aux ordres juridiques capitalistes. Ceux-ci sont en effet construits sur l'institution de la propriété privée et ils tiennent largement compte des intérêts privés.

La technique en question n'est cependant pas utilisée dans toutes les parties d'un ordre juridique capitaliste. Elle n'apparaît complètement développée que dans le domaine du droit « privé » et dans certaines parties du droit administratif. Le droit pénal moderne a renoncé à en faire usage, car à la place de l'individu lésé dans ses intérêts intervient un organe étatique, l'accusateur public, qui déclenche d'office la procédure tendant à l'application de la sanction.

Ayant ainsi analysé la notion de droit entendu au sens subjectif, la Théorie pure est à même de résoudre le dualisme du droit objectif et du droit subjectif. Pour elle ces deux droits sont de même nature. Le second n'est qu'un aspect du premier et il prend soit la forme d'une obligation et d'une responsabilité quand le droit objectif dirige une sanction contre un individu déterminé, soit celle d'un droit subjectif quand le droit objectif se met à la disposition d'un individu déterminé. Cette réduction du droit subjectif au droit objectif, cette absorption de l'un

par l'autre, exclut tout abus idéologique de ces deux notions et surtout la définition du droit n'est plus liée à la technique d'un ordre juridique particulier, car elle tient compte du caractère contingent des ordres juridiques capitalistes.

Nous avons vu qu'il y a droit subjectif quand une manifestation de volonté de l'intéressé (plainte ou action en justice) est un élément essentiel de la procédure aboutissant à la norme individuelle par laquelle le tribunal détermine la sanction à appliquer dans un cas concret. En d'autres termes l'individu auquel un tel droit subjectif est accordé est admis à participer à la création du droit.

On peut envisager de la même manière d'autres droits, qui sont aussi appelés subjectifs, mais ne s'exercent pas par une manifestation de volonté tendant à l'application d'une sanction. Ainsi les droits dits politiques sont généralement définis comme le pouvoir de participer directement ou indirectement à la formation de la volonté de l'État, donc à la création de l'ordre juridique dans lequel cette « volonté » s'exprime. Mais ici comme dans les autres cas où la « volonté de l'État » personifie l'ordre juridique, on ne pense qu'aux normes générales, aux lois qui constituent cet ordre.

Dans les États démocratiques les sujets de droit peuvent participer à l'élaboration des lois, tandis que cette faculté leur est refusée dans les États autocratiques. Il y a démocratie quand la législation est établie directement par le peuple, soit par les sujets de droit eux-mêmes, chacun d'eux ayant le droit subjectif de prendre part aux discussions et aux votes au sein de l'assemblée législative. Il y a démocratie indirecte quand la législation est établie par un parlement élu par le peuple. La formation de la volonté de l'État, soit la création des normes générales, s'opère en deux temps : élection du parlement, puis vote des lois par les parlementaires élus. Il y a alors deux sortes de droits subjectifs : le droit de vote des électeurs, formant un groupe plus ou moins vaste, et le droit des élus, relativement peu nombreux, de prendre part aux discussions et aux votes au sein du parlement.

Si les droits politiques permettent de participer à la formation de la volonté de l'État, les droits subjectifs du droit privé sont eux aussi des droits politiques, car ils donnent également à leurs titulaires la faculté de contribuer à la formation de cette volonté. Celle-ci ne s'exprime pas moins dans la norme individuelle établie par le jugement d'un tribunal que dans la norme générale posée par la loi. Les droits politiques et les droits subjectifs du droit privé peuvent être ramenés à une seule et même notion, parce qu'ils ont les uns et les autres la même fonction juridique, celle de permettre la participation des sujets de droit à la formation des normes qui les régissent, normes générales dans le cas des droits politiques, normes individuelles dans le cas des droits subjectifs du droit privé.

En voyant dans le droit subjectif une technique particulière de la création du droit, on élimine toute opposition entre droit objectif et droit subjectif et l'on fait clairement ressortir le caractère primaire de l'obligation juridique par rapport au droit subjectif. Tandis que l'obligation apparaît comme la fonction essentielle et nécessaire de toute norme juridique, le droit subjectif n'est dans le domaine du droit privé qu'une institution propre aux ordres juridiques capitalistes et dans le domaine du droit public un élément des ordres juridiques démocratiques.

4. LA NOTION DE PERSONNE.

Nous sommes ainsi amenés à voir dans la notion de sujet de droit ou de personne une construction artificielle, un concept anthropomorphique créé par la science juridique en vue de présenter le droit de façon suggestive. En fait la « personne » ne désigne qu'un faisceau d'obligations, de responsabilités et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes. En personnifiant un tel faisceau, on dédouble l'objet de la connaissance juridique et l'on est facilement conduit à des conclusions erronées.

a) *La personne « physique ».*

La théorie positiviste avait cherché à démontrer qu'il n'y a pas de différence de nature entre la personne physique et la personne juridique, mais elle n'y est pas parvenue complètement. La personne physique n'est pas l'homme, comme le croit la doctrine traditionnelle. L'homme n'est pas une notion juridique, exprimant une fonction spécifique du droit ; il est une notion biologique, physiologique ou psychologique. Quand une norme juridique fait usage de la notion de l'homme, elle ne lui donne pas pour autant le caractère d'une notion juridique. De même la notion physique de l'électricité ne devient pas une notion juridique quand elle est utilisée dans une norme juridique réglementant l'emploi de cette force naturelle. L'homme peut seulement devenir un élément du contenu des normes juridiques qui règlent sa conduite en faisant de certains de ses actes l'objet d'obligations, de responsabilités ou de droits subjectifs. Il n'est pas cette unité spécifique que nous appelons la personne.

La distinction entre l'homme, tel qu'il est défini par les sciences de la nature, et la personne, concept juridique, ne signifie pas que la personne soit un mode particulier de l'homme, mais au contraire que ces deux notions définissent des objets totalement différents. La notion juridique de personne ou de sujet de droit exprime seulement l'unité d'une pluralité d'obligations, de responsabilités et de droits subjectifs, donc l'unité d'une pluralité de normes déterminant ces obligations, responsabilités et droits subjectifs. La personne dite « physique » désigne l'ensemble des normes qui règlent la conduite d'un seul et même individu. Elle est le « support » des obligations, responsabilités et droits subjectifs résultant de ces normes, ou plus exactement le point commun auquel les actions et les omissions réglées par ces normes doivent être rapportées. On peut dire aussi que la personne physique est le point central d'un ordre juridique partiel composé des normes applicables à la conduite d'un seul et même individu.

Si l'homme est une réalité naturelle, la personne est une

notion élaborée par la science du droit, qui pourrait d'ailleurs y renoncer. Elle facilite la description du droit, mais elle n'est pas indispensable, car il faut toujours revenir aux normes elles-mêmes qui règlent la conduite des individus en déterminant leurs obligations, leurs responsabilités et leurs droits subjectifs. Dire d'un homme qu'il est une personne ou qu'il possède la personnalité juridique signifie simplement que certaines de ses actions ou omissions forment d'une manière ou d'une autre le contenu de normes juridiques. Il est donc nécessaire de maintenir une distinction très nette entre l'homme et la personne. Aussi bien n'est-il pas correct de dire que le droit confère des droits à des personnes et leur impose des obligations et des responsabilités. Il ne peut les conférer ou les imposer qu'à des hommes. Il confère un droit subjectif en attachant un effet juridique déterminé à l'expression de la volonté d'un homme et il impose une obligation à un homme en attachant une sanction à l'une de ses actions ou omissions. Le contenu des normes juridiques ne se rapporte pas à des personnes, mais seulement à des comportements humains. La personne est donc bien une notion élaborée par la science du droit, un instrument dont elle se sert pour décrire son objet.

b) *La personne « juridique ».*

A l'instar de la personne physique, la personne dite morale ou juridique désigne seulement l'unité d'un ensemble de normes, à savoir un ordre juridique réglant la conduite d'une pluralité d'individus. Elle est tantôt la personnification d'un ordre juridique partiel, tel que les statuts d'une association, tantôt celle d'un ordre juridique total, comprenant l'ensemble des ordres juridiques partiels et désigné habituellement sous le nom d'État.

Pour la théorie traditionnelle la personne physique est un homme, sujet de droits et d'obligations, tandis que la personne juridique ne serait pas un homme, mais quelque chose d'autre. Ne faisant pas la distinction nécessaire entre l'homme et la

personne, elle voit une différence essentielle entre la personne physique et la personne juridique et elle est incapable de concevoir la personne physique comme une personne juridique et de ramener ces deux personnes à une notion commune.

Pour la Théorie pure du droit au contraire la personne physique et la personne juridique sont toutes deux la personnification d'un ordre juridique, de telle sorte qu'il n'y a pas de différence essentielle entre ces deux sortes de personnes, la personne physique étant elle aussi une véritable personne juridique. Cette conception a l'avantage d'écarter l'idée que la personne serait une sorte de substance « ayant » ses obligations, ses responsabilités et ses droits subjectifs. En voyant dans la personne la personnification d'un ensemble de normes juridiques, donc d'un ordre juridique partiel ou total, elle évite l'erreur de la considérer comme quelque chose de distinct de l'ensemble d'obligations, de responsabilités et de droits subjectifs constitué par ces normes. Elle s'abstient ainsi de procéder à un dédoublement à la fois superflu et trompeur.

Pas plus que la personne physique la personne juridique n'a donc d'existence réelle ou naturelle. En ce sens seuls sont « réels » les comportements humains régis par des normes de nature diverse. La personne juridique conçue comme une réalité distincte des individus, mais chose étrange non perceptible par les sens, ou comme un organisme social supérieur aux individus qui le composent, est l'hypostase d'un pur concept destiné à faciliter la description du droit. La personne juridique n'est pas plus un sur-homme que la personne physique n'est un homme.

Les obligations, responsabilités et droits subjectifs d'une personne juridique ne sont en réalité que les obligations, responsabilités et droits subjectifs des individus qui la composent, car les normes juridiques ne règlent que des comportements humains. Lorsqu'un ordre étatique impose des obligations et des responsabilités à une personne juridique et lui confère des droits subjectifs, il règle la conduite de certains individus sans les désigner lui-même et il délègue le pouvoir de procéder à cette

désignation à la personne juridique, c'est-à-dire à l'ordre juridique partiel dont cette personne exprime l'unité. La conduite des individus désignés par la personne juridique est ainsi réglée de façon indirecte par l'intermédiaire d'un ordre juridique partiel.

Une telle répartition des fonctions entre l'ordre juridique total et les ordres juridiques partiels est possible parce que la conduite d'un individu comprend deux éléments distincts, l'un personnel ou subjectif, l'autre matériel ou objectif. Il y a d'une part le sujet de l'action ou de l'omission, l'individu qui agit ou n'agit pas, et d'autre part l'action ou l'omission elle-même. Une norme est complète quand elle détermine ces deux éléments. Si elle n'en détermine qu'un, elle est incomplète et doit être complétée par une autre norme. Une norme dont on dit qu'elle règle la conduite d'une personne juridique, ne détermine de façon directe que l'élément objectif, soit une action ou une omission. Elle laisse à une autre norme le soin de déterminer l'élément subjectif, à savoir de désigner l'individu qui devra se conduire de la façon prescrite.

c) *L'imputation d'un acte à une personne juridique.*

Les obligations, responsabilités et droits subjectifs d'une personne juridique ne sont jamais que les obligations, responsabilités et droits subjectifs de certains individus, mais ils leur sont imposés ou conférés de façon collective et non pas, comme d'habitude, de façon individuelle. Ce qu'on appelle la propriété d'une personne juridique n'est que la propriété collective des individus qui la composent, mais ceux-ci ne peuvent pas en disposer de la manière dont ils disposent de leur propriété individuelle. Ils doivent se conformer aux règles établies par l'ordre juridique partiel dont la personne juridique exprime l'unité. La créance d'une personne juridique est une créance collective de ses membres. Seul l'organe compétent peut la faire valoir et non chaque membre isolément. L'individu qui intervient comme organe ne possède cette qualité que dans la mesure où son action est autorisée par l'ordre juridique partiel et par

conséquent peut être imputée à cet ordre considéré comme une unité.

La personne juridique devient ainsi un point d'imputation. Tous les actes d'une personne juridique sont en fait des actes accomplis par des individus, mais imputés à un sujet fictif représentant l'unité d'un ordre juridique partiel ou total. Cette imputation est donc une opération tout à fait différente de l'imputation dont nous avons parlé précédemment et qui consiste, à l'intérieur même d'un ordre juridique, à établir une relation entre deux faits ¹.

d) *La responsabilité de la personne juridique.*

Quand un individu agissant comme organe d'une personne juridique fait valoir une créance appartenant à cette dernière, donc une créance collective des individus formant la communauté personnifiée par la personne juridique, les valeurs réalisées par voie d'exécution forcée entreront dans la propriété collective de ces individus. De même quand une personne juridique ne fournit pas une prestation à laquelle elle est tenue, quand un acte illicite de droit privé lui est imputable, l'exécution forcée n'est pas dirigée contre la propriété individuelle de ses membres, mais contre leur propriété collective. Il en résulte que la responsabilité d'une personne juridique est la responsabilité collective de ses membres. Un acte illicite lui est imputable quand il est accompli par un individu agissant en qualité d'organe de la communauté qu'elle constitue. Il est possible aussi que la personne juridique soit responsable d'un acte illicite commis par un individu n'ayant pas la qualité d'organe, mais dans ce cas comme dans l'autre il s'agit d'une responsabilité collective des membres de la personne juridique.

Si la personne juridique n'exécute pas une de ses obligations et que l'exécution forcée soit dirigée exclusivement contre sa propriété collective et non contre la propriété individuelle de ses membres, la responsabilité de la personne juridique est

¹ Voir page 19.

dite limitée et c'est là l'une des caractéristiques des personnes juridiques du droit privé.

Une personne juridique peut aussi avoir une responsabilité pénale, si ses membres doivent être punis pour des crimes ou des délits imputables à la personne juridique elle-même. Celle-ci a alors une responsabilité pénale collective. Un crime ou un délit ne peut toutefois être imputé à une personne juridique que s'il a été commis par un individu agissant en qualité d'organe de la communauté qu'elle constitue. Cela suppose que cet individu a agi conformément aux statuts de la personne juridique. Sans doute n'est-il guère concevable que ces statuts, soumis en général au contrôle des autorités étatiques, autorisent les organes de la personne juridique à commettre un crime ou un délit, mais il n'est pas exclu qu'ils puissent être interprétés dans ce sens ou qu'ils soient accompagnés de clauses secrètes non soumises au contrôle des autorités.

Indépendamment du cas où la personne juridique est responsable d'un crime ou d'un délit qui lui est imputable, elle peut aussi être responsable d'un crime ou d'un délit commis par un individu qui n'a pas agi en qualité d'organe. Elle est alors responsable du crime ou du délit d'autrui. Quant à la personne juridique de l'État, qui est la personnification d'un ordre juridique national, on ne peut évidemment pas lui imputer la conduite d'un individu si elle constitue un crime ou un délit au regard de l'ordre juridique national. Un tel ordre ne peut guère autoriser un individu à le violer, car il ne saurait à la fois prescrire une sanction pour une conduite déterminée et statuer qu'aucune sanction ne sera appliquée à celui qui se sera conduit de cette manière. En revanche, il n'y a pas de contradiction logique dans le cas où un droit étatique prescrit une conduite que le droit international frappe d'une sanction, car si l'État ne peut pas violer son propre ordre juridique, il peut en violer un autre et notamment celui du droit international. Il est ainsi tout à fait possible qu'un acte illicite au regard du droit international soit imputé à un État et que celui-ci en soit responsable. Nous verrons plus loin que cette responsabilité

de l'État n'est pas autre chose que la responsabilité collective des individus qui en sont les sujets ¹.

5. CARACTÈRE OBJECTIVISTE ET UNIVERSALISTE DE LA THÉORIE PURE DU DROIT.

En dépouillant ainsi les notions de droit subjectif et de sujet de droit de tout élément métajuridique et en cherchant toujours les véritables relations juridiques qui se cachent derrière le voile des personnifications, on ne rencontre jamais que des relations établies par des normes juridiques entre des individus, ou plus exactement entre des comportements humains ayant les uns le caractère d'une obligation ou d'une responsabilité, les autres celui d'un droit subjectif. Nous avons vu aussi que pour la Théorie pure les diverses formes dites subjectives du droit (sujet de droit, obligation, responsabilité, droit subjectif) ne sont que des fonctions particulières du droit objectif ou une façon anthropomorphique de le décrire. Elle se refuse donc à adopter à l'égard du droit l'attitude subjectiviste de l'avocat chargé de la défense de certains intérêts particuliers et préoccupé uniquement de rechercher quelle est la signification du droit pour l'individu, dans quelle mesure il lui est profitable ou désavantageux, s'il sert ses intérêts ou menace de leur porter préjudice. Cette attitude était notamment celle de la science du droit chez les Romains, qui est née essentiellement des consultations données par des jurisconsultes et dont la réception s'est effectuée en même temps que celle du droit romain.

La Théorie pure du droit a au contraire un caractère objectiviste et universaliste. Elle étudie le droit dans sa totalité et ne s'intéresse aux phénomènes particuliers que pour établir une relation systématique entre chacun d'eux et pour y retrouver la fonction générale du droit. Elle a une conception organique du droit, sans pour autant partager l'opinion de

¹ Voir page 166.

ceux qui, pour des raisons d'ordre éthique ou politique, voient en lui une entité supra-individuelle, de nature biologique ou psychologique, qui échapperait à l'expérience et aurait ainsi un caractère métaphysique. Pour la Théorie pure l'idée que le droit est un organisme signifie seulement qu'il est un système de normes et que tous les problèmes juridiques doivent être posés et résolus comme les problèmes d'un ordre normatif. Écartant ainsi tout jugement de valeur éthique ou politique, la théorie du droit devient une analyse aussi exacte que possible de la structure du droit positif.

CHAPITRE IX

LA STRUCTURE HIÉRARCHIQUE DE L'ORDRE JURIDIQUE

1. QUAND DES NORMES FORMENT-ELLES UN ORDRE?

Un ordre juridique étant un système de normes, une première question se pose : qu'est-ce qui constitue l'unité d'une pluralité de normes juridiques, pourquoi telle norme appartient-elle à tel ordre juridique ?

Une pluralité de normes constitue une unité, un système ou un ordre, quand leur validité repose en dernière analyse sur une norme unique. Cette norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les normes appartenant au même ordre et elle en constitue l'unité. L'appartenance d'une norme à un ordre déterminé résulte uniquement de la possibilité de faire dépendre sa validité de la norme fondamentale qui est à la base de cet ordre.

Suivant la nature de cette norme fondamentale, de ce principe supérieur de validité, on peut distinguer deux groupes d'ordres ou de systèmes normatifs. Dans le premier la validité des normes résulte de leur contenu, la conduite prescrite par chacune d'elles ayant une qualité immédiatement évidente, celle de pouvoir être rattachée à la norme fondamentale comme un concept particulier est subsumé sous un concept générique. Telles sont, par exemple, les normes morales interdisant le mensonge, la tromperie ou le parjure ; elles sont déduites d'une

norme fondamentale prescrivant de dire la vérité. De même, à la norme fondamentale prescrivant l'amour du prochain se rattachent le devoir moral de ne pas léser autrui et celui d'aider ceux qui sont dans le besoin.

Nous n'avons pas à rechercher ici quelle est la norme fondamentale d'un ordre moral déterminé. Nous avons seulement voulu montrer que de nombreuses normes d'une morale quelconque sont déjà contenues dans une norme fondamentale, à la manière dont le particulier est contenu dans le général, et que les normes morales particulières peuvent être déduites d'une norme fondamentale par l'opération consistant à conclure du général au particulier. Une telle norme fondamentale a donc un caractère matériel et statique.

2. UN ORDRE JURIDIQUE EST UN SYSTÈME DYNAMIQUE DE NORMES.

Il en va autrement pour les normes juridiques. Leur validité ne résulte pas de leur contenu. Le droit peut avoir n'importe quel contenu, aucun comportement humain n'étant par lui-même inapte à devenir l'objet d'une norme juridique. La validité d'une telle norme n'est pas affectée par le fait que son contenu se trouverait en opposition avec une valeur quelconque, morale ou autre.

Une norme juridique est valable si elle a été créée d'une manière particulière, à savoir selon des règles déterminées et une méthode spécifique. Le seul droit valable est le droit positif, celui qui a été « posé ». Sa positivité réside dans le fait qu'il procède nécessairement d'un acte créateur et se trouve ainsi indépendant de la morale et de tout autre système normatif analogue. Les normes du droit naturel et celles de la morale sont au contraire déduites d'une norme fondamentale qui, en raison de son contenu, est censée apparaître de façon immédiatement évidente comme une émanation de la volonté divine, de la nature ou de la raison pure.

La norme fondamentale d'un ordre juridique est d'une autre nature. Elle est simplement la règle fondamentale selon laquelle les normes juridiques sont créées ; elle pose le principe même de leur création. Elle est donc le point de départ d'une procédure et son caractère est essentiellement formel et dynamique. Seule la validité des normes d'un ordre juridique peut être déduite de sa norme fondamentale. Leur contenu est déterminé dans chaque cas par un acte particulier, qui n'est pas une opération mentale, mais un acte de volonté : coutume ou procédure législative s'il s'agit de normes générales, décision judiciaire, acte administratif ou acte juridique de droit privé s'il s'agit de normes individuelles.

Rattacher les diverses normes d'un système juridique à une norme fondamentale, c'est montrer qu'elles ont été créées conformément à cette norme. Prenons l'exemple de la contrainte exercée par un individu sur un autre quand il le prive de sa liberté en le jetant en prison. Pourquoi cette contrainte est-elle un acte juridique appartenant à un ordre juridique déterminé ? Parce qu'elle a été prescrite par une norme individuelle établie par un tribunal. Cette norme elle-même est valable parce qu'elle a été créée conformément au code pénal. A son tour la validité du code pénal résulte de la constitution de l'État, qui fixe la procédure pour l'édiction des lois et désigne l'organe compétent.

Si l'on veut ensuite déterminer sur quoi se fonde la validité de la constitution dont dépend celle des lois et des actes juridiques, on pourra peut-être remonter à une constitution plus ancienne, mais on arrivera finalement à une première constitution établie par un usurpateur ou un groupe quelconque de personnes. La volonté du premier constituant doit alors être considérée comme ayant eu un caractère normatif et c'est de cette hypothèse fondamentale que doit partir toute recherche scientifique sur l'ordre juridique envisagé. Tout acte de contrainte doit être accompli en respectant les conditions de fond et de forme fixées par le premier constituant ou par les organes auxquels il a délégué le pouvoir de les fixer : tel est schématis-

quement le contenu de la norme fondamentale d'un ordre juridique étatique, la seule que nous ayons à envisager pour le moment.

3. LA NORME FONDAMENTALE.

La Théorie pure du droit attribue à la norme fondamentale le rôle d'une hypothèse de base. A supposer que cette norme soit valable, l'ordre juridique qui est issu d'elle est lui aussi valable, car elle confère aux actes du premier constituant et à tous les actes subséquents de l'ordre juridique le sens normatif spécifique qui apparaît dans la relation établie par une règle de droit entre un fait illicite et sa sanction. Or la règle de droit est la forme typique dans laquelle toute la matière du droit positif est présentée par la science juridique. C'est donc en dernière analyse dans la norme fondamentale que se trouve la source de la signification normative de tous les faits qui constituent un ordre juridique. Seule l'hypothèse d'une norme fondamentale permet de conférer un sens juridique aux matériaux empiriques qui se présentent à l'examen du juriste et de les considérer comme formant un système de normes. Inversement, le contenu de la norme fondamentale d'un ordre juridique particulier dépend de la nature des matériaux auxquels elle doit donner une signification juridique.

La norme fondamentale est ainsi l'hypothèse nécessaire de toute étude positiviste du droit. N'ayant pas été créée suivant une procédure juridique, elle n'est pas une norme du droit positif ; elle n'est pas « posée », mais « supposée ». Elle est l'hypothèse qui permet à la science juridique de considérer le droit comme un système de normes valables. Toutes les propositions par lesquelles cette science décrit son objet sont fondées sur la supposition que la norme fondamentale est une norme valable. Mais cela ne signifie pas que la science du droit affirme la validité de la norme fondamentale : elle se borne à déclarer que si la norme fondamentale est supposée valable, l'établissement de la première constitution et les actes accom-

plis conformément à cette constitution ont la signification de normes valables.

En recourant à la notion de norme fondamentale la Théorie pure ne pense pas introduire une méthode nouvelle dans la science du droit, car elle se borne à mettre en lumière une opération que tout juriste fait, souvent inconsciemment, quand après avoir écarté le droit naturel comme source de la validité du droit positif, il tient néanmoins ce droit positif pour un ordre normatif valable et non pour une simple donnée psychologique consistant en rapports de motivation entre deux ou plusieurs actes. La Théorie pure montre que l'hypothèse de la norme fondamentale est à la base de tous les jugements juridiques, qu'ils aient trait à la compétence d'un organe ou aux obligations, responsabilités et droits subjectifs d'un sujet de droit ; bref que tous les jugements attribuant un caractère juridique à une relation entre individus ne sont possibles qu'à la condition générale de supposer la validité d'une norme fondamentale. Ainsi la validité que la science juridique peut attribuer au droit n'est pas absolue, mais conditionnelle et relative.

4. LA NORME FONDAMENTALE D'UN ORDRE JURIDIQUE NATIONAL.

a) Son contenu.

L'importance de la norme fondamentale est particulièrement manifeste dans les cas où un ordre juridique se substitue à un autre, non par la voie légale, mais de façon révolutionnaire. C'est d'ailleurs au moment où un droit est menacé dans son existence que sa nature apparaît le plus clairement. Dans un État jusqu'alors monarchique un groupe d'individus cherche à se substituer par la violence au gouvernement légitime et à fonder un régime républicain. S'il y parvient, cela signifie que l'ordre ancien cesse d'être efficace et que le nouveau le devient, car la conduite des individus auxquels ces deux ordres s'adressent n'est plus d'une manière générale conforme à l'ancien, mais au nouveau. Celui-ci est alors considéré comme un ordre juridique et les actes qui lui sont conformes sont des

actes juridiques, mais cela suppose une nouvelle norme fondamentale déléguant le pouvoir de créer le droit non plus au monarque, mais au gouvernement révolutionnaire.

Si en revanche la tentative de révolution échoue, l'ordre nouveau ne devient pas efficace, parce que les individus auxquels il s'adresse ne s'y conforment pas, et l'on n'est pas en présence d'une nouvelle constitution, mais d'un crime de haute trahison. Il n'y a pas création, mais violation de normes, et cela sur la base de l'ordre ancien dont la validité suppose une norme fondamentale déléguant au monarque le pouvoir de créer le droit.

Nous arrivons ainsi à la conclusion qu'une norme fondamentale indique comment se crée un ordre auquel correspond dans une certaine mesure la conduite effective des individus régis par lui. Dans une certaine mesure, disons-nous ; il n'est pas nécessaire en effet qu'il y ait une concordance complète et sans exception entre un ordre normatif et les faits auxquels il s'applique. Il doit même y avoir la possibilité d'une discordance, sinon l'ordre normatif n'aurait plus aucun sens. Pourquoi donner un ordre à quelqu'un si l'on peut admettre qu'il se conduira nécessairement de la manière désirée ? La norme fondamentale d'un ordre social auquel on se conformerait en toute circonstance devrait légitimer d'avance tout fait possible en prescrivant la conduite effectivement suivie. Elle ordonnerait de faire ce que l'on veut faire. Un tel ordre social n'aurait pas plus de sens qu'un ordre en contradiction complète avec les faits qu'il régit. Aussi bien un ordre normatif perd-il sa validité quand il cesse d'être dans une certaine mesure en accord avec la réalité.

Il y a donc un rapport entre la validité et l'efficacité d'un ordre juridique, la première dépendant dans une certaine mesure de la seconde. On peut se représenter ce rapport comme une tension entre la norme et le fait, mais pour la définir on doit se borner à indiquer une limite supérieure et une limite inférieure, en disant que la possibilité de concordance ne doit pas dépasser un maximum, ni tomber au-dessous d'un minimum.

b) *Validité et efficacité d'un ordre juridique — le droit et la force.*

La constatation d'un tel rapport de dépendance peut facilement conduire à l'idée que la validité et l'efficacité d'un ordre juridique sont des notions identiques. Une telle conclusion aurait l'avantage de simplifier considérablement le problème, mais c'est en vain que l'on a souvent essayé de la formuler. Si l'on considère la validité du droit, donc son existence spécifique, comme une sorte de réalité naturelle, on est incapable de comprendre le sens propre des normes juridiques. S'appliquant à des faits naturels, le droit s'en distingue par là-même et ceux-ci ne peuvent être en accord ou en désaccord avec une norme juridique que s'ils ne se confondent pas avec elle. Il est tout aussi impossible de faire abstraction de la réalité naturelle dans la définition de la validité du droit que de confondre ces deux notions.

Pour qu'un ordre juridique national soit valable, il faut qu'il soit efficace, c'est-à-dire que les faits soient dans une certaine mesure conformes à cet ordre. Il y a là une condition *sine qua non*, mais ce n'est pas une condition *per quam*. Un ordre juridique est valable quand ses normes sont créées conformément à la première constitution, dont le caractère normatif est fondé sur la norme fondamentale. Mais la science du droit constate qu'une telle norme fondamentale n'est supposée que si l'ordre juridique créé conformément à la première constitution est dans une certaine mesure efficace.

Sans doute existe-t-il aussi un principe dit de légalité ou de légitimité, en vertu duquel les normes juridiques ne sont valables que si elles ont été créées conformément à la constitution et n'ont pas été ultérieurement abrogées selon une procédure conforme à la constitution. Mais ce principe de légalité est restreint par celui de l'efficacité de l'ordre juridique considéré dans son ensemble.

Si, au lieu de réalité ou d'efficacité, nous parlons de force, la relation entre la validité et l'efficacité d'un ordre juridique

n'est autre que le rapport entre le droit et la force. Nous nous sommes ainsi bornés à formuler en termes scientifiquement exacts la vieille vérité que le droit ne peut pas subsister sans la force, mais qu'il ne lui est cependant pas identique. Nous le considérons comme un mode d'organisation de la force.

c) *La norme fondamentale d'un droit national est une norme du droit international.*

En posant le principe que pour être valable un ordre juridique national doit avoir un certain degré d'efficacité, on se borne à formuler une norme du droit positif, qui appartient non à l'ordre juridique en question, mais au droit international. Nous verrons plus en détail dans la suite de cet ouvrage que le droit international considère un pouvoir de fait comme légitime dans la mesure où l'ordre de contrainte établi par lui est réellement efficace¹. Ce principe de l'efficacité, qui est une des règles du droit international, constitue la norme fondamentale des divers ordres juridiques nationaux. La constitution établie par le premier constituant n'est valable qu'à la condition d'être efficace. La réalité à laquelle elle s'applique doit correspondre d'une manière générale à l'ordre juridique construit sur ses dispositions. Même un gouvernement parvenu au pouvoir par la voie d'une révolution ou d'un coup d'État est tenu pour légitime par le droit international s'il est indépendant d'autres gouvernements et en mesure de faire respecter de façon durable les normes qu'il édicte. Cela signifie qu'un ordre de contrainte relevant directement du droit international est un ordre juridique légitime, donc valable et obligatoire pour le territoire dans lequel il est devenu efficace de façon durable. La communauté qu'il constitue est alors un État au sens du droit international.

Si la norme fondamentale des divers ordres juridiques nationaux est une norme du droit positif, et tel est le cas si le droit international est tenu pour un ordre juridique valable,

¹ Voir page 179.

il n'y a plus, à la base des divers ordres nationaux, de norme fondamentale au sens spécifique, donc purement hypothétique, que nous lui donnons. Une telle norme se trouve seulement à la base du droit international. Étant une règle du droit international, le principe de l'efficacité n'est plus que d'une manière relative la norme fondamentale des ordres juridiques nationaux. Pour autant que l'on admette la primauté du droit international, le problème de la norme fondamentale devient celui du fondement dernier d'un ordre juridique total englobant tous les ordres juridiques nationaux. Nous y reviendrons plus loin¹.

d) *Validité et efficacité d'une norme juridique particulière.*

Si la validité d'un ordre juridique, considéré comme un système pour ainsi dire fermé de normes, dépend de son efficacité, à savoir d'une correspondance générale entre cet ordre et les faits auxquels il s'applique, il ne s'en suit pas que la validité de chaque norme prise isolément dépende de la même manière de son efficacité. La validité d'un ordre juridique subsiste même si quelques-unes de ses normes sont dépourvues d'efficacité et celles-ci restent valables si elles ont été créées de la façon prescrite par cet ordre. On détermine la validité d'une norme isolée en se reportant à la première constitution dont dépend la validité de toutes les normes appartenant au même ordre juridique. Si cette première constitution est valable, toutes les normes créées conformément à ses dispositions le sont aussi. Le principe de l'efficacité, tel que le connaît le droit international, ne s'applique de façon immédiate qu'à la première constitution d'un ordre juridique national, donc à un ordre considéré dans son ensemble, et non à chacune de ses normes prises isolément. Cette absence possible de concordance entre la validité et l'efficacité d'une norme juridique particulière montre une fois de plus la nécessité de distinguer nettement ces deux notions.

¹ Voir page 175.

Le principe de l'efficacité n'est pas seulement une règle du droit international positif. Il peut aussi faire partie des normes positives d'un ordre juridique national dans la mesure où celui-ci fait dépendre la validité de certaines normes de leur efficacité. Tel est notamment le cas lorsque la constitution écrite désigne ou admet la coutume comme source du droit à côté de la législation. La coutume peut alors abroger une loi tombée en désuétude du fait que pendant un certain temps elle n'a pas été appliquée par les organes compétents. Mais même si la constitution écrite ne reconnaît pas la coutume comme source du droit, il se peut que des tribunaux refusent d'appliquer une loi tombée en désuétude. A moins de tenir un tel refus pour illégal, il faut admettre qu'une norme constitutionnelle d'origine coutumière permet l'abrogation d'une loi par une coutume opposée.

Dans tous ces cas il s'agit de l'abrogation d'une norme précédemment valable. Aussi bien une loi nouvellement édictée est-elle valable avant même de pouvoir devenir efficace ; tant qu'elle n'est pas tombée en désuétude sa non-application constitue un fait illicite dans la mesure où son application forme le contenu d'une obligation juridique et non celui d'une simple autorisation. Il y a donc toujours une période pendant laquelle une loi dépourvue d'efficacité conserve sa validité du fait qu'elle n'a pas encore été abrogée par une coutume opposée. Ainsi même en cas de désuétude la validité et l'efficacité ne doivent pas être confondues.

5. LA STRUCTURE HIÉRARCHIQUE D'UN ORDRE JURIDIQUE NATIONAL.

a) *La constitution.*

L'analyse qui met en lumière la fonction de la norme fondamentale fait aussi apparaître cette particularité du droit qu'il règle lui-même sa propre création, une norme déterminant comment une autre norme doit être créée et aussi, mais dans

une mesure variable, quel en doit être le contenu. En raison du caractère dynamique du droit une norme n'est valable que si et dans la mesure où elle a été créée de la manière déterminée par une autre norme. Pour décrire la relation qui s'établit ainsi entre deux normes dont l'une est le fondement de la validité de l'autre, on peut recourir à des images spatiales et parler de norme supérieure et de norme inférieure, de subordination de la seconde à la première. Un ordre juridique n'est pas un système de normes juxtaposées et coordonnées. Il a une structure hiérarchique et ses normes se distribuent en diverses couches superposées. L'unité de l'ordre réside dans le fait que la création — et par conséquent la validité — d'une norme est déterminée par une autre norme, dont à son tour la création a été déterminée par une troisième norme. On peut ainsi remonter jusqu'à la norme fondamentale dont dépend la validité de l'ordre juridique dans son ensemble.

Si pour commencer l'on se borne à l'ordre juridique national, on peut schématiquement décrire sa structure hiérarchique de la façon suivante : après la norme fondamentale, dont nous avons déjà défini le caractère hypothétique, le degré supérieur du droit positif est la constitution, entendue au sens matériel du mot, dont la fonction essentielle est de désigner les organes chargés de la création des normes générales et de déterminer la procédure qu'ils doivent suivre. Ces normes générales forment ce qu'on appelle la législation. La constitution peut aussi déterminer le contenu de certaines lois futures en prescrivant ou interdisant tel ou tel contenu. La prescription d'un contenu déterminé équivaut le plus souvent à la promesse d'édicter une loi, car la technique juridique ne permet guère de prévoir une sanction pour le cas où une telle loi ne serait pas édictée.

En revanche une constitution peut avec plus d'efficacité interdire des lois ayant un contenu déterminé. Ainsi quand une constitution moderne établit une liste de droits individuels fondamentaux, tels que l'égalité devant la loi ou la liberté de conscience, elle interdit par là-même l'édiction de lois consacrant des inégalités entre les sujets de droit ou portant at-

teinte à l'une des libertés qui leur sont garanties. La technique juridique permet de rendre une telle interdiction efficace en déclarant personnellement responsables le chef de l'État ou les ministres qui ont pris part à l'édiction d'une loi anticonstitutionnelle, ou en prévoyant l'abrogation ou l'annulation d'une telle loi. Cela suppose cependant qu'une loi ne puisse pas déroger à la constitution et que des conditions spéciales doivent être remplies pour modifier ou abroger la constitution, par exemple une majorité qualifiée ou un quorum plus élevé. En d'autres termes il faut que la constitution ait prévu pour sa modification ou son abrogation une procédure différente de la procédure législative ordinaire et présentant des difficultés plus considérables.

b) *La législation et la notion de source du droit.*

Immédiatement après la constitution nous trouvons les normes générales issues de la procédure législative. Elles déterminent non seulement les organes et la procédure, mais aussi et surtout le contenu des normes individuelles que les autorités judiciaires et administratives sont appelées à édicter. Tandis que la constitution a essentiellement pour fonction de régler la création des lois et ne s'occupe guère, sinon pas du tout, de leur contenu, la législation détermine aussi bien la création que le contenu des normes judiciaires et administratives. Les lois sont donc à la fois du droit matériel et du droit formel, le code pénal et le code civil étant complétés par les codes de procédure pénale et civile — les lois administratives par les lois de procédure administrative.

La relation entre la législation et la juridiction ou l'administration est ainsi, d'une manière générale, semblable à celle qui existe entre la constitution et la législation. La seule différence réside dans la manière dont la norme supérieure détermine la norme inférieure. Dans un cas l'élément formel l'emporte sur l'élément matériel, dans l'autre les deux éléments s'équilibrent.

Dans la plupart des ordres juridiques nationaux les normes générales de la législation sont réparties sur deux ou plusieurs degrés différents. Ainsi la distinction entre la loi et l'ordonnance est particulièrement importante quand la constitution donne en principe à un parlement élu par le peuple la compétence de créer des normes générales, mais admet que ces normes générales soient précisées par d'autres normes générales édictées par un organe administratif. La situation est la même quand, dans certaines circonstances exceptionnelles, la constitution autorise le gouvernement à se substituer au parlement en édictant tout ou partie des normes générales nécessaires. Les normes générales qui n'émanent pas du parlement, mais d'une autorité administrative, sont appelées des ordonnances. Elles précisent ou remplacent une loi et dans ce dernier cas on dit qu'elles ont force de loi.

Dans son sens matériel le mot « loi » désigne toute norme juridique générale, tandis que dans son sens formel il s'applique soit à une norme générale créée dans la forme d'une loi (c'est-à-dire votée par le parlement et publiée suivant les règles spéciales que fixent la plupart des constitutions), soit à une norme individuelle créée de la même manière. L'expression de « loi au sens formel » est donc équivoque. En revanche il n'y a pas de confusion possible quand on parle de la forme de la loi, celle-ci pouvant être utilisée aussi bien pour des normes générales que pour des normes individuelles. Il arrive aussi qu'elle soit employée pour un contenu quelconque n'ayant pas le sens subjectif d'une norme. Ainsi l'exposé d'une théorie ou la constatation d'un fait peuvent revêtir la forme d'une loi, mais cela n'a pas pour effet de leur donner une signification juridique.

Pour simplifier nous n'envisageons ici que les cas où les normes constitutionnelles et les autres normes générales sont créées non de façon coutumière, mais par voie d'édiction. Une norme générale est édictée quand elle est créée de façon consciente par un organe central. Elle est coutumière quand elle est créée de façon inconsciente et décentralisée par les sujets de droit eux-mêmes. On dit de ces deux modes de création des

normes juridiques qu'ils sont des « sources » du droit, mais cette image est équivoque, car elle peut aussi désigner le fondement dernier de la validité d'un ordre juridique, à savoir sa norme fondamentale.

Dans son sens le plus étendu on peut dire qu'il y a une source de droit dans toute norme générale ou individuelle, dans la mesure où il en découle des obligations, des responsabilités ou des droits subjectifs. Ainsi le jugement d'un tribunal est pour l'une des parties au procès la source d'une obligation particulière et pour l'autre celle du droit subjectif correspondant. En raison des nombreux sens qu'elle peut avoir l'expression de source du droit se révèle donc inutilisable. Au lieu de recourir à cette image, il est préférable de définir de façon claire et directe chacun des problèmes à résoudre. C'est ce que nous allons faire à propos de la norme générale considérée comme « source » de normes individuelles.

c) *La juridiction.*

Définissant de façon abstraite le fait illicite et la sanction qui en est la conséquence, une norme générale ne prend son véritable sens qu'après avoir été individualisée. Il s'agit d'établir si, dans un cas concret, on est en présence du fait illicite défini abstraitement par la norme générale, et dans l'affirmative d'appliquer de façon concrète l'acte de contrainte prescrit lui aussi de façon abstraite par la norme générale. Telle est la fonction des jugements des tribunaux, de ce qu'on appelle la juridiction ou le pouvoir judiciaire. La « juris-dictio » ou l'acte de « dire le droit » n'a pas le caractère simplement déclaratif que suggère cette terminologie et qu'affirment certaines théories pour lesquelles le droit est déjà complet dans la norme générale de la loi, le tribunal n'ayant qu'à constater son existence. La juridiction a au contraire un caractère nettement constitutif. Elle est un véritable acte créateur de droit, car c'est par elle seulement que l'existence d'un fait illicite est constatée et qu'une sanction est appliquée.

La relation entre le fait illicite et la sanction n'est établie par la loi que d'une manière abstraite et générale. Pour l'individualiser et la concrétiser il faut un acte juridictionnel, établissant une norme juridique individuelle et constituant une nouvelle étape dans le processus de création du droit. Ces conclusions s'imposent si l'on veut bien admettre que le droit n'est pas composé uniquement de normes générales et qu'il ne se confond pas avec la loi.

d) *Juridiction et administration.*

L'administration a elle aussi pour fonction d'individualiser et de concrétiser des lois. Dans une grande partie de son activité elle joue le même rôle que la juridiction. Elle s'efforce comme elle d'obtenir la conduite sociale désirée par le législateur en recourant à des actes de contrainte en cas de conduite contraire. Il n'y a pas de différence essentielle entre l'acte d'un tribunal infligeant une peine à un calomniateur en vue de protéger l'honneur de l'individu calomnié et celui d'une autorité administrative condamnant un automobiliste imprudent à une amende en vue d'assurer la sécurité de la circulation.

La juridiction et l'administration ne sont toutefois pas organisées de la même façon. Les tribunaux jouissent, pour des raisons historiques, d'une indépendance qui fait le plus souvent défaut aux autorités administratives. De plus, si la juridiction cherche à atteindre le but de l'État de façon seulement médiate ou indirecte, tel n'est pas toujours le cas de l'administration. Celle-ci peut être juridiquement tenue d'établir de façon directe et immédiate l'état social désiré, en construisant elle-même un bâtiment d'école, en exploitant un chemin de fer ou en soignant des malades dans un hôpital. Cette administration directe est essentiellement différente de la juridiction et de l'administration indirecte. On ne peut donc pas opposer la juridiction à l'administration en général, mais seulement à l'administration directe.

Une définition correcte des fonctions juridiques aboutit

ainsi à des distinctions différentes de celles qu'on rencontre dans l'organisation des États modernes et qui sont un produit de l'histoire. On continue en effet à opposer la juridiction à l'administration, soit deux groupes d'autorités remplissant dans une large mesure des fonctions de même nature, alors que la distinction essentielle devrait être faite entre l'administration directe et l'administration indirecte.

e) *L'acte juridique de droit privé et l'exécution.*

Dans certains domaines du droit, en droit privé notamment, les normes générales ne sont pas individualisées directement par un magistrat agissant en qualité d'organe de l'État. Entre la loi et le jugement du tribunal s'intercale un acte juridique de droit privé dont la fonction est d'individualiser le fait illicite. Usant des pouvoirs qui leur sont délégués par la loi, les parties créent des normes concrètes pour régler leur conduite réciproque. Il appartient ensuite au tribunal, le cas échéant, de constater la violation de ces normes et d'appliquer la sanction de l'exécution forcée.

Commencé par l'établissement d'une constitution, le processus de création du droit se termine ainsi par l'exécution d'un acte de contrainte destiné à sanctionner un fait illicite.

f) *Création et application du droit.*

L'analyse de la structure hiérarchique de l'ordre juridique montre que l'opposition entre la création du droit et son exécution ou application n'a ni le caractère absolu, ni l'importance que la science juridique traditionnelle lui attribue. La plupart des actes juridiques sont à la fois des actes de création et d'application du droit. Ils appliquent une norme d'un degré supérieur et créent une norme d'un degré inférieur. Ainsi la première constitution, soit le premier acte créateur de droit, applique la norme fondamentale. A leur tour les normes générales de la législation appliquent la constitution et les normes individuelles de la juridiction et de l'administration appliquent les lois.

Seuls les actes de contrainte qui appliquent les normes individuelles sont uniquement des actes d'application du droit. Inversement en supposant une norme fondamentale on n'applique pas une norme supérieure à cette norme fondamentale. Mais entre ces deux cas limites tous les actes juridiques ont à la fois pour fonction de créer et d'appliquer des normes juridiques. Ainsi l'acte juridique de droit privé n'est pas, comme l'enseigne la théorie traditionnelle, un simple acte d'application de la loi, pas plus que la loi n'est un pur acte créateur de droit.

g) *Place du droit international dans la hiérarchie.*

Si l'on admet qu'il n'y a pas un ordre étatique unique, mais plusieurs ordres étatiques coordonnés, dont les domaines respectifs de validité sont juridiquement délimités, et si l'on considère — nous reviendrons plus loin sur ce point¹ — que le droit international positif a précisément pour fonction de coordonner et de délimiter les divers ordres étatiques, on peut définir le droit international comme un ordre juridique supérieur aux ordres étatiques et constituant avec eux une communauté juridique universelle. L'ensemble du droit forme alors pour la science juridique un système unique de normes, situées à des degrés différents et reliées hiérarchiquement entre elles.

h) *Conflits entre normes appartenant à des degrés différents.*

L'unité de l'ordre juridique semble être mise en question chaque fois que la création ou le contenu d'une norme inférieure n'est pas conforme aux prescriptions de la norme qui lui est supérieure, qu'il s'agisse d'une loi anticonstitutionnelle, d'une ordonnance illégale, d'un acte juridictionnel ou administratif contraire à une loi ou à une ordonnance.

Est-il possible de maintenir l'unité logique d'un système de normes juridiques, quand deux d'entre elles, situées à des degrés différents, sont logiquement contradictoires, quand il

¹ Voir page 178.

y a validité simultanée de la constitution et d'une loi anticonstitutionnelle, d'une loi et d'une décision judiciaire illégale ? Or le droit positif connaît de telles situations. Il tient lui-même compte du droit « contraire au droit » et il en confirme l'existence en prenant des mesures variées pour empêcher qu'il surginge ou prenne trop d'extension. Mais si, pour une raison quelconque, il permet qu'une norme non désirée garde sa validité, il lui enlève par là même son caractère de norme contraire au droit. Il est clair qu'on ne saurait parler de l'unité de l'ordre juridique, si le phénomène de la norme contraire au droit signifiait réellement une contradiction logique entre une norme supérieure et une norme inférieure. Tel n'est cependant pas le cas.

Si une loi en vigueur peut, en raison de la façon dont elle a été créée ou en raison de son contenu, se trouver en contradiction avec la constitution, il n'y a qu'une interprétation possible : il faut admettre que la constitution reconnaît non seulement la validité des lois constitutionnelles, mais aussi dans un certain sens celle des lois dites anticonstitutionnelles ; sinon on ne pourrait pas affirmer que de telles lois sont en vigueur. En effet la constitution ne se borne pas à prescrire que les lois doivent être édictées suivant une procédure déterminée et avoir, ou ne pas avoir, tel ou tel contenu. Elle prescrit encore que les lois édictées d'une autre manière ou ayant un contenu différent ne doivent pas être tenues pour nulles, qu'elles sont au contraire valables jusqu'au moment où elles seront annulées par un tribunal ou un autre organe compétent en suivant la procédure fixée dans la constitution.

Le fait que la constitution prescrit parfois expressément un minimum de formalités pour l'édition d'une loi, par exemple sa publication dans le recueil des lois, n'a à cet égard qu'une importance secondaire. Il en résulte seulement que les tribunaux doivent tenir pour valable toute norme se présentant sous la forme d'une loi, aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée. Il faut attacher davantage d'importance au fait que beaucoup de constitutions ne prévoient aucune procédure pour l'abrogation

des lois anticonstitutionnelles. Elles se contentent de la possibilité de rendre certains organes, le chef de l'État ou un ministre, personnellement responsables de l'édition d'une telle loi, mais cela ne porte pas atteinte à sa validité. Sa prétendue anticonstitutionnalité n'est pas une contradiction logique entre elle et la constitution, elle est une condition fixée par la constitution pour le déclenchement d'une procédure tendant soit à l'abrogation de la loi (jusque là valable et par conséquent constitutionnelle), soit à la condamnation d'un organe déterminé.

Les normes de la constitution relatives à la création et au contenu des lois et celles concernant la violation des dites normes forment donc un tout. Elles ont en fait le caractère de dispositions alternatives, sans toutefois que les deux termes de l'alternative aient la même valeur. Les lois visées par le second terme subissent une sorte de disqualification du fait qu'elles sont annulables et peuvent entraîner la condamnation de l'organe qui les a édictées. Elles ne sont donc pas des lois anticonstitutionnelles, mais simplement des lois défectueuses pouvant être annulées selon une procédure spéciale.

Il en va de même pour l'ordonnance illégale et pour la décision judiciaire ou administrative contraire à une loi ou à une ordonnance. Si l'on fait abstraction du cas où la nullité est absolue, parce qu'il y a seulement un simulacre de norme juridique, une décision judiciaire ou administrative est valable au regard de la loi aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée selon la procédure prévue à cet effet. La loi ne se borne pas à prescrire qu'une telle décision doit être prise d'une manière déterminée et avoir tel ou tel contenu. Elle ajoute que les décisions prises d'une autre manière ou ayant un contenu différent restent valables aussi longtemps qu'elles n'ont pas été annulées selon une procédure spéciale. Si cette procédure n'aboutit pas ou si aucune n'est prévue, la décision a « force de loi », bien que son contenu soit en opposition avec celui de la loi, et sa validité résulte de la loi elle-même.

On ne peut comprendre le sens d'une norme supérieure déterminant la création et le contenu d'une norme inférieure

sans tenir compte des prescriptions complémentaires qu'elle établit pour le cas où ses premières prescriptions seraient violées. La détermination d'une norme inférieure par une norme supérieure a donc un caractère alternatif. L'organe compétent pour créer la norme inférieure de façon conforme à la norme supérieure a le choix entre les deux termes de l'alternative, mais le premier lui est recommandé par la norme supérieure, et s'il choisit le second, la norme créée par lui est annulable, encore qu'elle reste valable aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée.

Une norme est donc valable si elle a été établie de façon conforme à la norme supérieure, c'est-à-dire à l'un ou à l'autre terme de l'alternative contenue dans cette norme supérieure. Seule une norme valable peut être annulable et si elle ne l'est pas, c'est qu'elle est définitivement valable. Il n'y a pas de tierce possibilité, car une norme nulle n'est pas une norme, elle n'en a que l'apparence.

Cela nous permet de formuler le principe général que dans le domaine du droit il n'y a jamais nullité, mais seulement annulabilité. Une norme juridique n'est jamais nulle ; il arrive seulement qu'elle soit annulable. En revanche il y a des degrés divers d'annulabilité. L'ordre juridique peut autoriser un organe spécial à annuler avec effet rétroactif une norme créée par un autre organe, de telle sorte que tous les effets juridiques produits par la norme soient abolis. On parle alors incorrectement d'une nullité *ab initio* ou d'une déclaration de nullité, mais l'annulation de la norme n'est pas un acte déclaratif, elle est un acte constitutif, sans lequel la norme ne peut être tenue pour nulle, car avant la prétendue « déclaration » de nullité la norme existait, elle était valable. Il a fallu un acte de l'organe compétent pour qu'elle soit abolie. S'il n'y avait pas eu de norme valable, l'acte de l'organe compétent n'aurait pas d'objet.

Un ordre juridique peut autoriser tout individu affecté par une norme prétendue juridique à la déclarer nulle, c'est-à-dire à l'annuler avec effet rétroactif. C'est là le plus haut degré d'annulabilité, que l'on qualifie habituellement de nullité. On ne le rencontre cependant pas dans les droits nationaux mo-

dernes. Un ordre social qui confère à tous ses membres le pouvoir de décider si une norme de cet ordre est valable ou non, n'est pas très éloigné de l'anarchie. L'absence d'un organe centralisé chargé de se prononcer sur la validité des normes juridiques caractérise les droits primitifs. Les droits nationaux modernes instituent au contraire des organes centralisés pour la création et l'application des normes juridiques, ce qui donne à ces droits le caractère d'ordres juridiques étatiques. Dans de tels ordres l'individu peut tout au plus s'estimer autorisé, à ses risques et périls, à tenir une norme pour nulle. Il ne saurait donc échapper à une sanction si l'organe compétent ne partage pas sa manière de voir et tient la norme pour valable.

Cela ne signifie pas que tout acte se présentant comme un acte créateur de droit soit un acte juridique aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé. Il y a naturellement des cas où de tels actes sont nuls *ab initio*, sans qu'il soit nécessaire de les annuler, mais pareille nullité absolue est en dehors du domaine du droit.

A quoi peut-on la reconnaître et comment la distinguer de l'annulabilité? Seul l'ordre juridique pourrait répondre à cette question en déterminant dans quelles conditions il n'est pas nécessaire d'annuler un acte prétendu juridique. Mais s'il le faisait, il devrait aussi charger un organe de constater la réalisation de ces conditions dans un cas concret. Or une telle constatation aurait nécessairement le caractère d'une décision constitutive, éventuellement avec effet rétroactif. Elle se rapporterait à un fait juridique existant et signifierait donc l'annulation d'une norme juridique. De même que tout ce que le roi Midas touchait se transformait en or, tout objet auquel le droit s'applique acquiert une existence juridique. Cela nous confirme que la nullité absolue est au delà du droit.

L'alternative posée par la norme supérieure dans sa détermination de la norme inférieure exclut la possibilité d'une véritable contradiction logique entre les deux normes, car une contradiction avec le premier terme de l'alternative n'est pas une contradiction avec la norme considérée dans son ensemble. De plus une contradiction entre la norme inférieure et le pre-

mier terme de l'alternative posée par la norme supérieure n'existe que dès le moment où elle a été constatée par l'autorité compétente en suivant la procédure prescrite. Si un simple particulier prétend qu'il y a une contradiction, cela n'a aucune importance dans le système du droit. Une « contradiction » n'apparaît ainsi qu'au moment même où la norme contradictoire est abrogée.

Si l'on fait abstraction de la responsabilité personnelle des organes qui ont édicté une norme « contraire au droit » (cette responsabilité n'ayant aucun effet sur la validité de la norme), une norme supposée valable est dite contraire au droit soit quand elle peut être abrogée, c'est-à-dire annulée par un acte juridique, soit quand elle a seulement pour la science du droit l'apparence d'une norme valable et doit par conséquent cesser d'être tenue pour telle. Ou bien elle est annulable, tout en restant valable, donc conforme au droit, jusqu'à son annulation, ou bien elle est nulle et alors elle n'est pas une norme.

Une science normative ne peut admettre de contradiction entre deux normes appartenant au même système. Or le droit lui-même résout le conflit possible entre deux normes valables situées à des degrés différents, de telle sorte qu'aucune contradiction logique n'affecte l'unité de l'ordre juridique dans sa structure hiérarchique.

CHAPITRE X

L'INTERPRÉTATION

1. RAISON D'ÊTRE ET OBJET DE L'INTERPRÉTATION.

La structure hiérarchique de l'ordre juridique a des conséquences très importantes pour le problème de l'interprétation. Celle-ci est une démarche de l'esprit accompagnant le processus de création du droit lors du passage d'une norme supérieure à une norme inférieure.

Dans le cas normal, celui de l'interprétation d'une loi, il s'agit de savoir comment, en appliquant une norme générale à un fait concret, l'organe judiciaire ou administratif obtient la norme individuelle qu'il lui appartient d'établir. Mais la constitution doit aussi être interprétée quand il s'agit de l'appliquer en vue d'édicter des lois ordinaires, des lois d'exception ou d'autres normes juridiques réglées directement par elle. Il y a enfin une interprétation des normes individuelles : décisions judiciaires, ordres administratifs, actes juridiques de droit privé, etc. Bref toute norme doit être interprétée dans la mesure où elle doit être appliquée, soit dans la mesure où le processus de création et d'application du droit descend d'un degré dans la hiérarchie de l'ordre juridique.

2. DÉTERMINATION PARTIELLE DE LA NORME INFÉRIEURE PAR LA NORME SUPÉRIEURE.

Quand nous avons étudié la relation entre une norme supérieure et une norme inférieure, nous avons vu que la première

règle l'acte par lequel la seconde est créée. De même une norme se trouvant à la fin du processus de création du droit règle l'acte par lequel elle doit être exécutée sans qu'une nouvelle norme ne soit créée.

La norme supérieure peut aussi déterminer le contenu de la norme inférieure, mais elle ne saurait le faire de façon complète, car elle ne peut régler dans tous les détails l'acte par lequel elle doit être appliquée. Elle laisse toujours une marge plus ou moins grande à l'appréciation et se présente ainsi comme une sorte de cadre à remplir. Tout ordre, si détaillé soit-il, laisse une série de points à la décision de celui auquel il s'adresse. Lorsque l'organe A ordonne à l'organe B de procéder à l'arrestation d'un malfaiteur, l'organe B doit décider quand, où et comment il exécutera cet ordre et ses décisions dépendront de circonstances que l'organe A n'a pas prévues et le plus souvent ne pouvait pas prévoir.

Toute norme détermine donc de façon seulement partielle l'acte juridique par lequel elle est appliquée, qu'il s'agisse d'un acte créant une nouvelle norme ou d'un simple acte d'exécution. En outre les éléments que la norme laisse indéterminés peuvent aussi bien concerner le fait illicite que la sanction. Souvent l'auteur de la norme supérieure s'abstient volontairement de déterminer un certain nombre de points. Ainsi quand il établit une norme générale, il suppose toujours qu'une norme individuelle continuera le processus de détermination du droit, qui est le sens même de la structure hiérarchique de l'ordre juridique. Par exemple un parlement adopte une loi obligeant la population à prendre en cas d'épidémie certaines mesures pour empêcher la propagation de la maladie. Il délègue alors à un organe administratif le pouvoir de déterminer pour chaque maladie quelles sont les mesures à prendre. De même le code pénal prévoit pour tel délit que la peine peut être pécuniaire ou privative de liberté et il laisse au juge le soin de déterminer dans chaque cas le mode et l'importance de la peine, en tenant compte éventuellement du minimum et du maximum fixés par le code lui-même.

La non-détermination d'un acte juridique peut aussi être la conséquence involontaire du texte de la norme qui règle cet acte. Le cas le plus fréquent est celui où les mots ou les phrases dans lesquels la norme s'exprime sont équivoques. Celui qui doit appliquer la norme est alors en présence de plusieurs significations possibles. Il en va de même lorsqu'il y a lieu de penser que la norme telle qu'elle est rédigée n'exprime pas la volonté de son auteur. Quels que puissent être les moyens permettant de constater cette volonté sans s'en tenir exclusivement au texte de la norme, il faut en tout cas admettre la possibilité d'y parvenir. La science juridique traditionnelle considère de façon tout à fait générale qu'il peut y avoir désaccord entre la « volonté » du législateur ou des parties à un contrat et le texte de la loi ou du contrat. Le désaccord est seulement partiel quand cette volonté correspond à l'une au moins des diverses significations que le texte de la norme peut avoir. Enfin la non-détermination d'un acte juridique peut résulter d'une contradiction totale ou partielle entre deux normes qui prétendent être valables concurremment, par exemple lorsqu'elles appartiennent à la même loi. Quant à la possibilité d'un conflit entre une norme supérieure et une norme inférieure, nous avons vu qu'elle n'affecte pas l'unité de l'ordre juridique¹.

3. LA NORME EST UN CADRE OUVERT A PLUSIEURS POSSIBILITÉS.

Dans tous les cas de non-détermination, voulue ou involontaire, d'un acte juridique il y a plusieurs possibilités d'appliquer la norme qui règle cet acte : soit en retenant l'une des diverses significations que le texte de la norme peut avoir, soit en se conformant à la volonté de l'auteur de la norme si on a pu la déterminer d'une autre manière, soit, dans le cas où deux normes contradictoires sont en présence, en choisissant l'une d'elles ou en considérant qu'elles s'annulent réciproquement. La norme supérieure est ainsi un cadre ouvert à plusieurs possibilités

¹ Voir page 129.

et tout acte d'application est conforme à la norme s'il ne sort pas de ce cadre, mais le remplit de l'une des manières possibles.

Si l'on entend par interprétation la détermination du sens de la norme à appliquer, le résultat de cette activité ne peut être que la détermination du cadre constitué par la norme et par conséquent la constatation des diverses manières possibles de le remplir. L'interprétation d'une norme ne conduit donc pas nécessairement à une solution unique, qui serait la seule juste. Elle peut fournir plusieurs solutions, qui au point de vue juridique sont toutes d'égale valeur si elles sont en accord avec la norme à interpréter. En revanche l'organe chargé d'appliquer la norme peut attribuer à ces solutions des valeurs différentes s'il les considère au point de vue politique ou moral. Il a la compétence de choisir celle qui lui paraît la plus appropriée, de telle sorte que parmi les diverses interprétations possibles une seule deviendra du droit positif pour le cas concret. Dire que sa décision est fondée en droit signifie simplement qu'elle se tient à l'intérieur du cadre constitué par la norme, qu'elle est l'une mais non la seule manière de le remplir.

La science juridique traditionnelle a une conception plus large du rôle de l'interprétation. Celle-ci ne consisterait pas seulement à déterminer le cadre qu'un acte juridique devra remplir, mais encore et surtout à appliquer une méthode permettant de le remplir correctement. Selon cette théorie l'application d'une loi à un fait concret ne pourrait conduire qu'à une seule décision correcte, imposée par la loi elle-même. L'interprète aurait ainsi pour fonction de dégager ou de comprendre le sens du droit à l'aide, non de sa volonté, mais de sa raison et parmi les diverses solutions possibles, il pourrait, par une activité purement intellectuelle, en choisir une qui soit la seule juste au regard du droit positif.

4. LES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION.

La théorie du droit positif ne fournit aucun critère et n'indique aucune méthode permettant de donner la préférence

à l'une des diverses possibilités contenues dans le cadre d'une norme, à l'un des sens qu'elle peut avoir si on la considère en elle-même ou en relation avec les autres normes de l'ordre juridique. Malgré tous ses efforts la science juridique traditionnelle n'est pas parvenue à résoudre de façon objectivement valable la divergence qui peut exister entre le texte d'une norme et la volonté de son auteur. Toutes les méthodes d'interprétation qu'elle a proposées ne conduisent jamais qu'à une solution possible, non à une solution qui soit la seule correcte. On peut négliger le texte et s'en tenir à la volonté probable du législateur, ou bien respecter strictement le texte et ne pas se soucier de cette volonté en général très problématique. Au regard du droit positif ces deux attitudes sont tout à fait équivalentes.

Quand deux normes simultanément valables se contredisent, on a le choix entre les trois possibilités logiques déjà mentionnées, à savoir appliquer la première, appliquer la seconde ou considérer qu'elles s'annulent réciproquement. Il serait vain d'en chercher une qui serait seule « juridique » à l'exclusion des deux autres.

Les règles ordinaires d'interprétation qui prescrivent le recours à l'analogie et à l'argument *a contrario* sont dépourvues de toute valeur, car elles conduisent à des résultats opposés et aucun critère ne permet de décider quand l'une doit être préférée à l'autre. De même la règle qui prescrit de tenir compte des intérêts en présence se borne à poser le problème sans apporter de solution, car elle ne fournit pas de critère objectif permettant d'évaluer des intérêts opposés et de résoudre le conflit qui en résulte. Un tel critère ne saurait en particulier être tiré de la norme à interpréter, ni de la loi où elle se trouve, ni de l'ordre juridique pris dans son ensemble, car la nécessité d'une « interprétation » résulte précisément du fait que la norme ou le système de normes à interpréter est un cadre ouvert à plusieurs possibilités et ne décide pas quel est, parmi les intérêts en présence, celui qui a le plus de valeur. Il faut pour cela un nouvel acte créateur de droit, tel que l'arrêt d'un tribunal.

5. L'INTERPRÉTATION EST-ELLE UN ACTE DE CONNAISSANCE OU DE VOLONTÉ ?

La théorie traditionnelle de l'interprétation part de l'idée qu'une certaine connaissance du droit existant suffit pour déterminer les éléments qui manquent à la norme lorsqu'il s'agit de l'appliquer. Une telle conception est à la fois illusoire et contradictoire, car elle est inconciliable avec l'hypothèse même qu'une interprétation est possible. Le droit positif ne permettant pas de choisir la solution « juste » parmi les diverses possibilités contenues dans le cadre de la norme, le problème à résoudre ne relève pas de la science du droit, mais de la politique juridique. Il n'y a pas de différence essentielle entre la préparation d'une décision judiciaire ou d'un acte administratif conforme à la loi et l'élaboration d'une loi conforme à la constitution. L'interprétation de la constitution ne permet pas plus au législateur de faire une bonne loi que l'interprétation de la loi ne permet à un tribunal de prononcer un bon jugement. Il y a cependant entre ces deux cas une différence d'ordre quantitatif, car au point de vue matériel la liberté du législateur est plus grande que celle du juge, mais celui-ci est aussi appelé à créer des normes juridiques et il jouit d'une certaine liberté dans son activité, la création d'une norme individuelle étant un acte de volonté dans la mesure où il s'agit de remplir le cadre établi par la norme générale.

Un commentaire scientifique doit se borner à indiquer les interprétations possibles d'une norme. Il ne peut pas décider que telle d'entre elles est la seule correcte ou la seule juste. Cette décision est un acte de volonté incombant exclusivement à l'organe qui a la compétence d'appliquer la norme en en créant une nouvelle. La plupart des commentaires qui se disent scientifiques sont en réalité des ouvrages de politique juridique. En choisissant une seule des interprétations logiquement possibles, ils tentent d'exercer une influence sur le processus de création du droit en amenant les tribunaux et les autorités administratives à considérer qu'il n'y a pas d'autre interprétation possible.

Or le juriste qui décrit le droit n'est pas une autorité juridique. Sa tâche est de connaître le droit. Il ne lui appartient ni de le créer, ni de l'appliquer par un acte de volonté. Son interprétation du droit n'a pas de caractère obligatoire, tandis qu'en créant une norme inférieure l'organe compétent donne de la norme supérieure une interprétation qui a force de loi. Cette interprétation est authentique dans la mesure où la norme inférieure est valable. On emploie habituellement le terme d'interprétation authentique dans le cas d'une norme ayant expressément et exclusivement pour fonction d'interpréter une autre norme, mais une interprétation contenue dans une norme qui a aussi une autre fonction n'est pas moins authentique et obligatoire.

Lorsqu'une norme inférieure est créée sur la base d'une norme supérieure et dans le cadre fixé par elle, qu'il s'agisse d'une loi fondée sur la constitution ou d'une décision judiciaire fondée sur une loi, il est clair que l'organe créateur de la norme inférieure ne tient pas seulement compte de la norme supérieure, mais aussi d'autres normes non juridiques relevant de la morale, de la justice ou de ce qu'on appelle le bien public, l'intérêt de l'État, le progrès. Si l'on se place au point de vue du droit positif, on ne peut se prononcer ni sur la validité de telles normes, ni sur la manière de constater leur existence. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elles ne sont pas des normes juridiques et que la création de la norme inférieure est laissée à la libre appréciation de l'organe compétent dans la mesure où elle n'est pas déterminée par la norme supérieure.

La situation serait différente si la norme supérieure prescrivait l'application d'une norme morale ou d'une autre norme métajuridique; mais une telle prescription aurait pour effet de transformer la norme métajuridique en une norme du droit positif.

6. L'ILLUSOIRE SÉCURITÉ JURIDIQUE.

Quand le sens d'une norme est douteux, il y a selon la théorie traditionnelle une seule interprétation correcte et une méthode

scientifique permettant de l'établir dans tous les cas. Le droit serait ainsi un ordre fixe déterminant de façon non équivoque la conduite des hommes et en particulier celle des tribunaux et des autres organes chargés de l'appliquer. Il garantirait, sinon une sécurité économique, du moins une sécurité juridique. Une telle idée est cependant illusoire et la Théorie pure du droit, qui s'adonne à la seule recherche de la vérité, est obligée de détruire cette illusion malgré les effets très utiles qu'elle peut avoir dans le domaine de la politique.

7. LE PROBLÈME DES LACUNES.

a) *Les lacunes logiques.*

Un rôle spécial est attribué à l'interprétation lorsqu'il s'agit de combler ce qu'on appelle les lacunes du droit. On entend par là l'impossibilité d'appliquer le droit en vigueur dans un cas concret parce qu'aucune norme juridique n'indique la conduite à observer. S'il en résulte un différend, l'organe chargé de le résoudre en serait incapable s'il devait se borner à appliquer le droit en vigueur et pour combler cette lacune il serait contraint de recourir à l'interprétation.

De telles lacunes n'existent cependant pas. Il y a différend quand une des parties prétend avoir un droit que l'autre conteste, ou plus exactement quand l'autre partie conteste avoir l'obligation correspondant à ce droit. L'organe chargé de résoudre le différend doit déterminer si le droit en vigueur impose ou n'impose pas l'obligation en question à la partie qui la conteste. Dans l'affirmative il donnera raison au demandeur, dans la négative il rejettera sa demande. Dans les deux cas il applique le droit en vigueur. S'il donne raison au demandeur, il applique la norme qui impose une obligation au défendeur. S'il rejette la demande, il applique la règle générale selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit par le droit est permis par lui, aucun homme ne pouvant exiger d'un autre qu'il se conduise d'une manière déterminée s'il n'y est pas

juridiquement obligé. En d'autres termes chacun est libre d'agir à sa guise quand sa conduite n'est pas déterminée par le droit. Cette liberté lui est garantie par l'ordre juridique, car celui-ci n'établit pas seulement l'obligation de se conduire d'une manière déterminée (dans la mesure où la conduite contraire est la condition d'une sanction), il garantit aussi la liberté de faire ou de ne pas faire ce à quoi l'on n'est pas obligé puisqu'il impose à chaque sujet la double obligation de ne pas empêcher autrui de faire ce qui n'est pas interdit et de ne pas le contraindre à faire ce qui est interdit. Par conséquent le droit en vigueur est toujours applicable et il permet de résoudre n'importe quel différend.

Si, dans certains cas, on parle néanmoins d'une lacune du droit, ce n'est pas qu'une décision serait logiquement impossible faute de dispositions applicables, mais simplement que la décision logiquement possible apparaît à l'organe chargé d'appliquer le droit à tel point inopportune ou injuste qu'il incline à admettre que le législateur n'a pas pensé à ce cas et que, s'il y avait pensé, il aurait pris une décision différente de celle qui résulte du droit en vigueur. Il est le plus souvent impossible de déterminer si cette supposition est juste ou fausse, mais cela n'a pratiquement aucune importance, si la constitution prescrit d'appliquer le droit tel que le législateur l'a créé et non tel qu'il aurait pu le créer. Le droit doit être appliqué même s'il est jugé mauvais. D'ailleurs ce que l'un tient pour mauvais, l'autre peut le trouver excellent. Dans le cas d'un différend le droit en vigueur est presque toujours satisfaisant pour l'une des parties et critiquable pour l'autre. Là où l'on prétend voir une lacune il n'y a en réalité qu'une divergence entre le droit positif et un autre « droit » tenu pour meilleur ou plus juste. Seule la comparaison de ces deux « droits » fait apparaître une insuffisance du droit positif.

En raison même de la nature d'une telle lacune il est évident qu'il est impossible de la combler par la voie de l'interprétation. Celle-ci n'aurait plus pour fonction de faciliter l'application d'une norme en vigueur, mais de l'éliminer et de la remplacer

par une norme jugée meilleure ou plus juste par celui qui est chargé d'appliquer le droit. Si en apparence on complète le droit, en fait on l'abroge et on le remplace par un droit nouveau créé spécialement en vue d'un cas concret. Il y a là une fiction à laquelle on recourt notamment lorsqu'il est difficile ou impossible d'obtenir la modification d'une norme générale par la voie législative, par exemple lorsqu'il s'agit d'une norme coutumière qui par définition ne peut pas être modifiée suivant une procédure rationnelle, ou d'une loi à laquelle on attribue une origine sacrée ou divine, ou encore quand pour d'autres raisons il ne paraît pas possible ou opportun de mettre l'appareil législatif en mouvement.

b) *Les lacunes techniques.*

A côté des lacunes logiques on définit parfois des lacunes techniques. Leur existence est admise même par des auteurs qui, se plaçant à un point de vue positiviste, contestent qu'il puisse y avoir de véritables lacunes logiques. Une lacune technique se présenterait quand le législateur a omis d'édicter une norme indispensable à l'application technique de la loi et elle pourrait être comblée par la voie de l'interprétation. En réalité on entend par lacune technique soit une lacune logique résultant d'une divergence entre le droit positif et le droit souhaité, soit l'indétermination due au fait que la norme est seulement un cadre.

Ainsi il n'y a pas de lacune technique, mais une lacune logique dans le cas d'une loi statuant que le contrat de vente est obligatoire, mais ne précisant pas qui supporte les risques si la chose vendue est détruite de façon fortuite avant d'avoir été transférée à l'acheteur. On ne peut pas dire que la loi ne prescrit rien à ce sujet, car elle ne libère pas le vendeur de l'obligation de livrer la chose ou de fournir une compensation. Le vendeur qui voudrait être libéré de cette obligation prétendra qu'il y a une lacune dans la loi, mais cette lacune n'empêche pas que la loi soit applicable, les risques étant à la charge du vendeur quand

aucune dérogation n'est faite à l'obligation de livrer la chose. Dans d'autres cas la prétendue lacune technique résulte du fait que la norme à appliquer est seulement un cadre. Ainsi une loi prescrit l'élection d'un organe, mais ne précise pas si elle doit avoir lieu selon le système majoritaire ou proportionnel, par vote à main levée ou au scrutin secret. Cela signifie que le choix du mode d'élection est laissé à l'appréciation de l'organe chargé de l'élection. Il appartient donc à une norme d'un degré inférieur de déterminer comment l'élection doit s'effectuer.

Autre exemple : une loi institue un organe ayant le caractère d'une assemblée et exerçant certaines fonctions législatives ou administratives et elle prescrit que cette assemblée, pour agir valablement, doit avoir été convoquée par son président. D'autre part le président doit être élu par l'assemblée, mais la loi ne précise pas qui doit convoquer l'assemblée lorsqu'il n'y a pas encore de président. Cela peut signifier qu'en l'absence d'un président tout autre mode de convocation est permis, mais si cette conclusion n'était pas possible, il faudrait admettre qu'en vertu de la loi elle-même l'assemblée n'est pas en mesure de se réunir valablement. On n'est cependant pas en présence d'une lacune, car le sens de la loi est clair : l'assemblée doit être convoquée par son président même quand celui-ci n'existe pas. Si la loi n'avait rien prescrit au sujet de la convocation, celle-ci aurait pu s'effectuer de n'importe quelle manière, mais la loi contient une disposition absurde et une telle éventualité ne peut pas être exclue absolument, car les lois sont des œuvres humaines. Quand une norme est dépourvue de sens, l'interprétation n'est pas en mesure de lui en trouver un, car elle peut seulement tirer d'une norme ce qui y est déjà contenu.

c) *Les lacunes admises par le législateur.*

Bien qu'il n'y ait pas de lacunes dans le droit, il se peut que l'existence de véritables lacunes logiques soit admise par un législateur guidé par une théorie erronée. Cependant ces lacunes n'ont peut-être pas le sens que le législateur leur attri-

bue. Celui-ci peut adopter, et en fait il adopte fréquemment des dispositions pour le cas où aucune décision ne pourrait être prise sur la base de la loi. Lorsqu'en cas de « lacune » l'article premier du code civil suisse prescrit au juge de décider « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur », cela signifie que le juge est autorisé à décider librement, en faisant abstraction de la loi, dans les cas où son application lui paraîtrait conduire à un résultat inacceptable.

Un bon législateur ne saurait renoncer aux moyens permettant dans certaines circonstances de corriger les effets d'une loi, car il se présentera certainement des faits qu'il n'a pas prévus et qu'il n'était pas en mesure de prévoir, les normes générales ne pouvant tenir compte que des cas moyens. Il est évident que le législateur est incapable de déterminer d'avance les cas dans lesquels le juge devra se substituer à lui, car s'il le pouvait, il créerait lui-même les normes qui lui sembleraient appropriées. Il n'a donc d'autre ressource que d'autoriser le juge à faire acte de législateur quand l'application de la loi, telle qu'elle serait logiquement possible, lui paraît peu satisfaisante pour des raisons d'ordre politique ou moral. Il court alors le risque que le juge intervienne en qualité de législateur suppléant dans des cas où la loi devrait être appliquée. De plus il met en question le principe de la légalité de la juridiction, ainsi que la validité des normes générales qu'elle doit appliquer. Le centre de gravité dans la création du droit pourrait ainsi avoir la tendance de passer du législateur, auteur des normes générales, aux autorités chargées de les appliquer en établissant des normes individuelles.

Afin de diminuer ce danger dans toute la mesure du possible, l'autorisation de faire abstraction de la loi est formulée de telle manière qu'on ne s'aperçoive pas des pleins pouvoirs qu'elle comporte. Il s'agit de donner l'impression qu'elle est accordée seulement dans les cas où il est logiquement impossible d'appliquer la loi. Le juge doit être amené à penser qu'il n'a pas la faculté de déterminer lui-même dans quels cas il peut se substituer au législateur et telle est précisément la conclusion que la

fiction de la lacune doit suggérer. En employant sciemment ou inconsciemment une formule incorrecte le législateur tend à obtenir que le juge fasse très rarement usage de l'autorisation qu'il lui donne de ne pas appliquer la loi dans un cas concret, car le juge n'admettra l'existence d'une véritable lacune que s'il est en présence d'une très forte divergence entre la loi et sa propre conception de la justice, c'est-à-dire s'il peut considérer que le cas n'a pas été prévu par le législateur et n'est par conséquent pas réglé par la loi. Comme toute application du droit s'opère en concluant du général au particulier, la prémisse ferait ici défaut. La théorie de la lacune a donc un caractère idéologique très marqué. Dans les cas où le juge, pour des raisons de politique juridique, estime inopportun d'appliquer la loi, cette théorie prétend qu'il est logiquement impossible de l'appliquer.

LES MODES DE CRÉATION DU DROIT

1. FORMATION DU DROIT ET FORME DE L'ÉTAT.

La théorie de la structure hiérarchique de l'ordre juridique montre le droit en mouvement. Elle le suit dans le processus constamment renouvelé de sa création autonome et se distingue ainsi des théories qui, se plaçant à un point de vue statique, cherchent à comprendre le droit sans tenir compte de sa création et le considèrent uniquement comme un ordre créé, dont il s'agit de déterminer le domaine de validité.

Le problème central de la dynamique juridique est celui des divers modes de création du droit. Si la fonction essentielle de toute norme juridique est bien d'obliger les hommes à se conduire d'une manière déterminée en prescrivant un acte de contrainte en cas de conduite contraire, il est important d'examiner si et dans quelle mesure les sujets de droit participent à la formation des normes auxquelles ils sont soumis, en d'autres termes si leurs obligations naissent avec ou sans leur consentement, éventuellement même contre leur volonté. Cette distinction entre l'autonomie et l'hétéronomie apparaît surtout dans la théorie du droit public. Elle sert de base à la classification habituelle des diverses formes de l'État, où l'on oppose la démocratie à l'autocratie, la république à la monarchie.

Il ne s'agit là cependant que d'un cas particulier du problème général de la formation du droit. Par forme de l'État on

entend habituellement le mode de création du droit au degré supérieur de l'ordre juridique, à savoir les règles établies par la constitution pour la formation des normes générales. On identifie ainsi l'État avec la constitution et l'on s'en tient à la conception traditionnelle d'un droit formé uniquement de normes générales, alors que l'individualisation et la concrétisation des normes générales et abstraites s'effectuent aussi dans le cadre de l'ordre juridique. A l'idée que la forme de l'État est déterminée par la constitution correspond le préjugé que le droit tout entier est contenu dans la loi. En réalité le problème de la forme de l'État ou du mode de création du droit ne se pose pas seulement dans la relation entre la constitution et la législation, mais à tous les degrés de la formation du droit et notamment dans la relation entre les normes générales de la législation et les normes individuelles des actes administratifs, des décisions judiciaires et des actes juridiques de droit privé.

2. DROIT PUBLIC ET DROIT PRIVÉ.

La distinction entre droit public et droit privé joue un rôle essentiel dans la science moderne du droit, mais il n'a pas été possible jusqu'ici d'en donner une définition satisfaisante. On la considère en général comme un principe de classification des rapports juridiques. On aurait en droit privé une relation entre deux sujets égaux et en droit public une relation entre deux sujets dont l'un serait subordonné à l'autre et aurait ainsi une valeur juridique moindre. Seuls les rapports de droit privé seraient véritablement « juridiques » au sens étroit du mot, tandis qu'en droit public on aurait des rapports de « puissance » ou de « domination », dont le type est la relation entre l'État et ses sujets. La distinction entre droit public et droit privé tend ainsi à opposer le droit à l'État conçu comme une force qui n'aurait pas ou n'aurait que partiellement un caractère juridique.

Si l'on examine de plus près en quoi consiste cette valeur supérieure attribuée à certains sujets auxquels les autres

seraient subordonnés, on s'aperçoit qu'il s'agit d'une différence dans la manière dont le droit est créé, différence semblable à celle qui est à la base de la classification des formes de l'État. La valeur juridique supérieure attribuée à l'État par rapport à ses sujets réside dans le fait que l'ordre juridique confère aux individus ayant la qualité d'organes de l'État, ou du moins à ceux d'entre eux qu'on appelle les magistrats, le pouvoir d'imposer des obligations aux sujets par des déclarations unilatérales de volonté. L'exemple typique du rapport de droit public est la norme individuelle édictée par un organe administratif pour imposer une conduite déterminée à l'individu auquel elle s'adresse, tandis qu'en droit privé nous avons surtout des contrats, soit des normes individuelles par lesquelles les parties contractantes s'obligent réciproquement à une conduite déterminée.

Les individus liés par un contrat ont participé à la formation de la norme à laquelle ils sont soumis. Tel n'est pas le cas du sujet auquel s'adresse un ordre administratif. D'un côté nous avons une formation démocratique du droit, de l'autre une formation autocratique. C'est donc avec raison que la théorie du droit voit depuis longtemps dans le contrat une institution appartenant au domaine de l'autonomie privée.

3. FONCTION IDÉOLOGIQUE DU DUALISME DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ.

La différence décisive entre le droit public et le droit privé résidant dans l'opposition de deux modes de formation du droit, il en résulte que les « actes publics » de l'État sont des actes juridiques au même titre que les contrats et surtout la manifestation de volonté qui constitue le fait créateur de droit apparaît dans les deux cas comme la continuation du processus de formation de la volonté étatique, car il s'agit chaque fois d'individualiser une norme générale : une loi administrative dans le cas de l'ordre administratif, le code civil dans le cas du contrat.

Dans ces conditions la Théorie pure du droit, qui se place toujours à un point de vue universaliste et envisage l'ordre juridique comme un tout, peut sans paradoxe voir un acte de l'État aussi bien dans un contrat que dans la décision d'un magistrat, tous deux étant des actes créateurs de droit imputables à l'unité de l'ordre juridique. L'opposition entre droit public et droit privé devient ainsi purement relative et intra-systématique, tandis que pour la théorie traditionnelle elle a un caractère absolu et extra-systématique, du fait qu'elle oppose au droit un État qui en est distinct.

L'idéologie qui fonde le dualisme du droit public et du droit privé sur l'opposition absolue du droit et de la force, ou du moins du droit et de la puissance étatique, conduit à l'idée erronée que dans le domaine du droit public et en particulier dans les branches, importantes au point de vue politique, du droit constitutionnel et du droit administratif, la validité de la norme juridique n'aurait pas le même sens ni la même intensité que dans le domaine du droit privé. En droit public l'intérêt de l'État et le bien public passeraient avant le droit strict, tandis que le droit privé serait en quelque sorte le véritable domaine du droit. Ainsi la relation entre la norme générale et l'organe chargé de l'appliquer ne serait pas la même dans ces deux parties du droit : d'un côté application stricte de la loi au cas particulier, de l'autre libre réalisation du but étatique dans le cadre de la loi et même à l'encontre de la loi si les circonstances l'exigent.

Une telle théorie n'a cependant aucun fondement en droit positif, dans la mesure où elle ne se borne pas à la constatation que les organes législatifs, gouvernementaux et administratifs ont en général une plus grande liberté d'appréciation que les tribunaux. Elle est d'ailleurs entachée de contradiction, puisqu'elle revendique pour le « droit » public, en raison de son importance vitale pour l'État, une certaine indépendance à l'égard du droit, tout en attribuant à cette indépendance le caractère d'un principe juridique, d'une qualité propre au droit public. On pourrait tout au plus parler de deux techniques

juridiques différentes, mais non d'une opposition absolue entre l'État et le droit.

Ce dualisme, logiquement insoutenable et sans valeur scientifique, n'a qu'une portée idéologique. Enseigné par la doctrine du droit constitutionnel, il tend à assurer au gouvernement et aux organes administratifs qui lui sont subordonnés une liberté d'action pour ainsi dire déduite de la nature des choses : non pas une liberté à l'égard du droit, qui est en vérité impossible, mais une liberté à l'égard de la loi élaborée par le parlement ou avec sa participation. Cela ne signifie pas seulement qu'une réglementation trop étroite de l'activité du gouvernement et de l'administration est contraire à la nature de leurs fonctions, mais encore qu'une telle réglementation, lorsqu'elle existe, peut être ignorée. En raison de l'opposition habituelle entre le gouvernement et le parlement, on rencontre des partisans de cette théorie aussi bien dans les monarchies constitutionnelles que dans les républiques démocratiques.

De plus, en donnant un caractère absolu à la distinction entre droit public et droit privé, on laisse entendre que le domaine de la politique est limité au droit constitutionnel et au droit administratif et qu'il ne s'étend en aucune façon au droit privé. Nous avons eu précédemment l'occasion de montrer que parmi les droits subjectifs il n'y a pas opposition entre ceux qui sont publics ou politiques et ceux qui sont privés¹. Ces derniers sont des droits politiques au même titre que ceux auxquels on réserve cette qualification. Les uns et les autres permettent de prendre part à la formation de la volonté de l'État, donc d'intervenir dans le domaine de la politique. Ils ne diffèrent que par la façon de participer à cette formation. La distinction entre un droit public qui serait politique et un droit privé qui ne le serait pas ne tient pas compte du fait que le droit privé créé par contrat appartient tout autant que le droit public au domaine de la politique.

Par la fonction qu'il remplit dans un ordre juridique le droit

¹ Voir page 103.

dit privé n'est autre que la forme juridique particulière donnée à la production et à la répartition des richesses dans une économie capitaliste. Or une telle fonction a un caractère éminemment politique. Dans une économie socialiste la structure du droit privé serait différente. Elle ne serait plus fondée sur les principes d'autonomie et de démocratie, mais probablement sur ceux d'hétéronomie et d'autocratie, et elle se rapprocherait de la structure du droit administratif actuel. Nous n'avons pas à examiner ici si une telle structure serait plus satisfaisante ou plus juste, car c'est là un point sur lequel la Théorie pure du droit ne veut ni ne peut se prononcer.

LE DROIT ET L'ÉTAT

1. LE DUALISME TRADITIONNEL DU DROIT ET DE L'ÉTAT.

L'opposition que la doctrine traditionnelle établit entre le droit public et le droit privé est déjà un exemple très clair du dualisme fondamental de l'État et du droit qui caractérise la science juridique moderne et notre conception même de la société. Pour la doctrine traditionnelle l'État est une entité distincte du droit, tout en étant une entité juridique. Il est une personne et un sujet de droits et d'obligations, mais en même temps son existence est indépendante de l'ordre juridique. De même que pour certains théoriciens du droit privé la personnalité juridique de l'individu est logiquement et chronologiquement antérieure au droit objectif, donc à l'ordre juridique, pour les théoriciens du droit public l'État, entité collective capable de vouloir et d'agir, est indépendant du droit et a même existé avant lui. Ils enseignent que l'État remplit sa mission historique en créant le droit, « son » droit, soit l'ordre juridique objectif, et en s'y soumettant lui-même, puisque son propre droit lui confère des droits et des obligations. Ainsi conçu comme une entité métajuridique, une sorte de surhomme tout puissant ou d'organisme social, l'État serait à la fois la condition du droit et un sujet conditionné par le droit.

Malgré ses contradictions évidentes et les critiques qu'on ne cesse de lui adresser, cette théorie dite des deux aspects

de l'État ou de l'auto-limitation de l'État continue à être enseignée avec une persévérance étonnante.

La doctrine traditionnelle ne peut guère renoncer au dualisme de l'État et du droit, car il joue un rôle idéologique dont on ne saurait sous-estimer l'importance. Pour que l'État puisse être légitimé par le droit, il faut qu'il apparaisse comme une personne distincte du droit et que le droit lui-même soit un ordre essentiellement différent de l'État, sans rapport avec la force qui est à l'origine de celui-ci. Il faut donc qu'il soit en un certain sens un ordre juste et équitable.

L'État cesse ainsi d'être une simple manifestation de la force pour devenir un État de droit, qui se légitime en créant le droit. Dans la mesure même où une légitimation religieuse ou métaphysique de l'État perd de son efficacité, cette théorie devient l'unique moyen de légitimer l'État. Elle n'est pas embarrassée par ses contradictions internes et elle continue à voir dans l'État une personne juridique, un objet de la science du droit, tout en insistant sur l'idée qu'il est une manifestation de la force, une entité étrangère au droit qui ne peut pas être comprise juridiquement. Les contradictions n'ont d'ailleurs jamais embarrassé sérieusement une idéologie. Elles en sont même un élément nécessaire, car il ne s'agit pas d'approfondir la connaissance scientifique, mais de déterminer la volonté et dans le cas qui nous occupe il importe moins de comprendre la nature de l'État que de renforcer son autorité.

2. IDENTITÉ DU DROIT ET DE L'ÉTAT.

a) *L'État est un ordre juridique.*

Une théorie de l'État débarrassée de tout élément idéologique, métaphysique ou mystique ne peut comprendre la nature de cette institution sociale qu'en la considérant comme un ordre réglant la conduite des hommes. L'analyse révèle que cet ordre organise la contrainte sociale et qu'il doit être identique à l'ordre juridique, car il est caractérisé par les mêmes

actes de contrainte et une seule et même communauté sociale ne peut pas être constituée par deux ordres différents. L'État est donc un ordre juridique, mais tout ordre juridique n'est pas un État. Il ne le devient qu'au moment où il établit certains organes spécialisés pour la création et l'application des normes qui le constituent. Il faut par conséquent qu'il ait atteint un certain degré de centralisation.

Dans les communautés juridiques primitives, préétatiques, les normes générales sont créées par la voie de la coutume. Elles résultent du comportement habituel des sujets de droit. Il n'y a pas de tribunal central chargé de créer les normes individuelles et d'en assurer l'application par un acte de contrainte. Le soin de constater le fait illicite et d'appliquer la sanction est laissé à ceux dont les intérêts protégés par le droit sont lésés. Il appartient au fils de venger le meurtre de son père en exerçant la vendetta sur le meurtrier et sa famille, au créancier de se saisir de son débiteur défaillant pour avoir en quelque sorte une garantie pour le règlement de la dette. Telles sont les formes primitives de la peine et de l'exécution forcée. Ceux qui les appliquent agissent en qualité d'organes de l'ordre juridique, car ils y sont autorisés par lui. En raison même de cette autorisation leurs actes peuvent être imputés à la communauté constituée par l'ordre juridique, de telle sorte qu'ils ne constituent pas de nouveaux actes illicites, mais la réaction de la communauté juridique contre de tels actes.

Des organes centraux ne se forment qu'au cours d'un très long processus de division du travail et les organes judiciaires et exécutifs apparaissent bien avant les organes législatifs. Si importante que puisse être une telle transformation au point de vue de la technique juridique, il n'y a cependant pas de différence qualitative entre un ordre juridique décentralisé et un État.

Tant qu'il n'y a pas d'ordre juridique supérieur à l'État, celui-ci représente l'ordre ou la communauté juridique suprême et souveraine. Sa validité territoriale et matérielle est sans doute limitée, car elle ne s'étend en fait qu'à un territoire déterminé

et à certaines relations humaines, mais il n'y a pas d'ordre supérieur à lui qui l'empêche d'étendre sa validité à d'autres territoires ou à d'autres relations humaines.

Dès que le droit international se constitue, ou plus exactement dès qu'il est tenu pour un ordre juridique supérieur aux divers ordres juridiques nationaux, l'État, qui est la personification d'un ordre juridique national, ne peut plus être souverain. Sa supériorité est seulement relative, car il est subordonné au droit international et en dépend directement. La définition de l'État doit donc commencer par la relation qui l'unit au droit international. Celui-ci constitue une communauté juridique superétatique qui, à l'instar des communautés préétatiques, n'est pas suffisamment centralisée pour être considérée comme un État.

b) *L'État est un point d'imputation.*

L'État, nous venons de le voir, est un ordre juridique d'une espèce particulière, encore qu'il ne se distingue pas qualitativement des autres ordres juridiques. Nous en trouvons la confirmation dans le fait que toute son activité se présente nécessairement sous la forme d'actes juridiques, d'actes créant ou appliquant des normes juridiques. L'acte d'un individu n'est un acte étatique que si une norme juridique lui donne une telle qualification. Considéré au point de vue dynamique l'État se manifeste en une série d'actes juridiques et il pose un problème d'imputation, car il s'agit de déterminer pourquoi un acte étatique n'est pas imputé à son auteur, mais à un sujet placé en quelque sorte derrière lui. Seule une norme juridique permet de répondre à cette question, la conduite d'un individu ne pouvant être rapportée à l'unité de l'ordre juridique que si une norme de cet ordre lui donne une telle signification. Or l'État, en sa qualité de sujet des actes étatiques, est précisément la personification d'un ordre juridique et il ne peut pas être défini autrement.

Lorsqu'un acte est imputé à la personne de l'État, il est

un acte étatique et l'individu qui en est l'auteur est un organe de l'État. La personne juridique de l'État a donc exactement le même caractère que les autres personnes juridiques. Exprimer l'unité d'un ordre juridique, elle est un point d'imputation et seul le besoin de se représenter concrètement une notion aussi abstraite engage trop souvent à imaginer derrière l'ordre juridique un État qui en serait distinct.

c) *L'État considéré comme un ensemble d'organes.*

Dès qu'un ordre juridique a dépassé le stade primitif de la complète décentralisation et que des organes spécialisés se sont formés pour la création et l'application des normes juridiques, notamment pour l'exécution des actes de contrainte, un groupe d'individus se détache nettement de la masse des membres de l'État, ou sujets de droit. Cette centralisation ne saurait d'ailleurs être complète, car dans certains domaines la création et l'application du droit resteront toujours décentralisées. L'activité des organes spécialisés forme en général l'objet d'une obligation juridique sanctionnée par une peine disciplinaire. Elle tend en outre à prendre le caractère d'une activité professionnelle et rémunérée. Les individus qui en sont chargés deviennent des fonctionnaires de l'État, soit des organes spécifiques de l'ordre juridique.

Cette évolution historique, qui est liée au passage de l'économie naturelle à l'économie monétaire, suppose la formation d'un fisc étatique, d'un trésor central, dont la constitution et l'utilisation, l'accroissement et la diminution, font l'objet d'une réglementation juridique particulière. Ce trésor permet de rétribuer les fonctionnaires de l'État et de couvrir les frais de leur activité. L'administration directe, telle que nous l'avons définie précédemment¹, est elle aussi une activité que l'État exerce par l'entremise de ses fonctionnaires. Une école ou un

¹ Voir page 127.

chemin de fer sont des institutions publiques ou privées suivant la qualification juridique de celui qui les dirige.

La création d'organes étatiques composés de fonctionnaires marque le passage de l'État judiciaire à l'État administratif, mais ce dernier est lui aussi un ordre coercitif. Ses fonctionnaires cherchent à atteindre le but étatique en créant directement l'état social désiré. Ils ne se bornent pas à édicter et à appliquer des normes obligeant d'une part des sujets de droit dépourvus de la qualité de fonctionnaires à se conduire d'une façon déterminée et d'autre part des fonctionnaires à réagir contre la conduite contraire par des actes de contrainte. La méthode juridique est cependant la même dans les deux cas. Quand il s'agit de créer directement l'état social désiré, l'obligation est mise à la charge d'un fonctionnaire et en cas de conduite contraire, il appartient à un autre organe de l'État d'appliquer l'acte de contrainte. L'administration est donc elle aussi soumise à l'appareil de contrainte de l'État.

Quand un système d'organes spécialisés s'est constitué, on peut opposer à la notion de sujet de droit, considéré comme personne privée, celle d'organe étatique au sens restreint du mot, soit un organe composé de fonctionnaires et soumis à des règles juridiques particulières. Ce sens restreint est celui du langage courant qui ne voit pas un organe de l'État dans une personne privée créant dans un contrat des normes juridiques obligatoires. La fonction d'une telle personne privée dans le cadre de l'ordre juridique n'est cependant pas différente de celle d'un fonctionnaire édictant une ordonnance. Le langage courant n'est d'ailleurs pas logique, car il reconnaît à l'électeur, au député et au parlement lui-même le caractère d'organes de l'État, bien qu'ils ne répondent pas à la définition du fonctionnaire. Il prend donc ici le terme d'organe dans son sens primaire.

A la notion restreinte de l'organe étatique correspond une notion restreinte de l'État, conçu comme un ensemble d'organes composés de fonctionnaires, comme une organisation plus concentrée à l'intérieur d'un État entendu au sens large, c'est-à-dire comprenant l'ensemble de ses sujets. C'est là une con-

ception très répandue, mais un peu naïve. Une analyse exacte de la structure du droit conduit, dans la définition de l'organe, à remplacer la notion de personne (plus concrète, mais incorrecte) par celle de fonction, car la qualification juridique d'une personne exerçant la fonction d'organe de l'État n'est qu'un des éléments de cette fonction. L'État dans son sens restreint apparaît alors comme un système de fonctions juridiques bien déterminées, incombant les unes aux individus auxquels l'ordre juridique attribue la qualité de fonctionnaires et les autres à des organes n'ayant pas cette qualité, tels les organes législatifs.

Entendu dans ce sens restreint, l'État est un ensemble de faits ayant une signification juridique particulière. Il est le système des normes juridiques qui donnent leur signification à ces faits. Nous pouvons donc le définir comme un ordre juridique partiel, extrait de façon plus ou moins arbitraire de l'ordre étatique total que nous appelons l'ordre juridique national.

d) *La théorie de l'État est une partie de la théorie du droit.*

Notre conclusion est confirmée par le fait que les problèmes examinés traditionnellement dans le cadre de la théorie générale de l'État relèvent en réalité de la théorie du droit, car ils ont trait à la validité et à la création de l'ordre juridique. La théorie des « éléments » de l'État (puissance publique, territoire, population) n'est qu'une façon d'envisager la validité de l'ordre juridique soit en elle-même, soit dans sa portée territoriale ou personnelle. La nature juridique des divisions territoriales de l'État et celle des unions d'États pose seulement un problème de centralisation ou de décentralisation dans le cadre du problème général de la validité territoriale des normes constituant un ordre juridique. Enfin la théorie des trois pouvoirs ou fonctions de l'État traite des différentes étapes dans le processus de création des normes juridiques. Les organes de l'État n'ont pas d'autres fonctions que de créer et d'appliquer des normes juridiques et la forme de l'État indique seulement

comment ces normes se forment ou, pour employer une expression imagée, comment se crée la « volonté » de l'État.

e) *Puissance de l'État et efficacité de l'ordre juridique.*

Si l'État est un ordre juridique et s'il en personnifie l'unité, la puissance de l'État n'est pas autre chose que l'efficacité d'un ordre juridique. Un tel ordre est efficace dans la mesure où les sujets de droit sont influencés dans leur conduite par la connaissance qu'ils ont des normes auxquelles ils sont soumis. Les manifestations extérieures de la puissance de l'État, les prisons et les fortifications, les gibets et les mitrailleuses, ne sont en elles-mêmes que des choses inertes. Elles deviennent des instruments de la puissance étatique dans la mesure où des individus s'en servent dans le cadre d'un ordre juridique déterminé, c'est-à-dire avec l'idée qu'ils doivent se conduire de la manière prescrite par cet ordre.

Cela étant admis, le dualisme de l'État et du droit disparaît, car il est seulement un dédoublement opéré par la science juridique quand elle emploie un mot tel que celui de personne pour désigner l'unité d'un objet, puis attribue à cette unité une réalité distincte des éléments qui la composent. Pour la théorie de la connaissance le dualisme de la personne étatique et de l'ordre juridique rappelle le dualisme tout aussi contradictoire de Dieu et du monde. L'idéologie politico-juridique coïncide sur tous les points essentiels avec l'idéologie théologico-religieuse dont elle est issue et dont elle est un succédané.

En revanche pour une science qui ne s'empêtre pas dans des images anthropomorphiques, mais cherche la réalité des relations humaines derrière le voile des personnifications, l'État et son droit sont un seul et même système de contrainte. Il en résulte la complète impossibilité de légitimer l'État par le droit, car on ne saurait légitimer le droit par lui-même, à moins qu'il ne s'agisse de deux droits différents, le droit positif et le droit juste ou la justice.

La tentative de légitimer l'État en le présentant comme

un État fondé sur le droit, comme un « Rechtsstaat », se révèle entièrement vaine. Tout État est nécessairement fondé sur le droit, si l'on entend par là qu'il est un ordre juridique. Un État qui ne serait pas ou ne serait pas encore un ordre juridique n'existe pas, car un État ne peut être qu'un ordre juridique. Une telle constatation ne comporte d'ailleurs aucun jugement sur la valeur politique de l'État. Pour certains théoriciens un État n'est fondé sur le droit que s'il garantit les droits individuels, permet le contrôle de la légalité des actes étatiques et assure la formation des normes juridiques selon des méthodes démocratiques. C'est cependant un préjugé de droit naturel que de voir dans de tels systèmes de normes les seuls ordres juridiques véritables. Pour une théorie positiviste conséquente avec elle-même le droit (ou l'État) ne peut être qu'un ordre de contrainte appliqué à la conduite des hommes et cela ne comporte aucun jugement sur la valeur d'un tel ordre au point de vue de la morale ou de la justice. L'État n'est ni plus ni moins juridique que le droit lui-même. En tant que réalité d'ordre intellectuel il est un système de normes étudié par la science normative du droit, mais s'il est envisagé comme une série d'actes de caractère psycho-physiologique se motivant les uns les autres, il est une force et comme telle il relève de la psychologie sociale ou de la sociologie.

f) *Impossibilité de légitimer l'État par le droit.*

En supprimant ainsi par l'analyse critique le dualisme de l'État et du droit, la Théorie pure ne laisse rien subsister de l'une des plus puissantes idéologies destinées à légitimer l'État. Aussi les partisans de la théorie traditionnelle opposent-ils une résistance passionnée à sa thèse de l'identité du droit et de l'État.

Lorsque la Théorie pure se refuse à légitimer l'État par le droit, cela ne signifie pas qu'elle tienne toute légitimation de l'État pour impossible. Elle considère seulement que la science du droit n'est pas en mesure de justifier l'État par le droit ou,

ce qui revient au même, de justifier le droit par l'État. Elle ne pense pas d'ailleurs qu'il appartienne à une science de justifier quoi que ce soit. Une justification est un jugement de valeur qui a toujours un caractère subjectif et relève de l'éthique ou de la politique. Si les théoriciens du droit veulent faire de la science et non de la politique, ils ne doivent pas sortir du domaine de la connaissance objective.

LE DROIT INTERNATIONAL

1. LA STRUCTURE HIÉRARCHIQUE ET LA NORME FONDAMENTALE DU DROIT INTERNATIONAL.

Le droit international comprend notamment des normes établies par la voie de la coutume en vue de régler les relations entre États et résultant d'actes accomplis par les États ou plus exactement par les organes étatiques compétents à cet effet. Ces normes constituent le droit international général, car elles créent des obligations, des responsabilités et des droits subjectifs pour tous les États. L'une des plus importantes s'exprime dans la formule *pacta sunt servanda*, qui autorise les États membres de la communauté internationale à conclure des traités réglant leur conduite réciproque, soit celle de leurs organes et de leurs sujets. Ces traités, qui sont des normes créées par des déclarations concordantes de volonté émanant des organes compétents de deux ou plusieurs États, constituent le droit international particulier, car leurs normes ne sont pas valables pour tous les États, mais seulement pour les parties contractantes, soit des groupes de deux ou plusieurs États formant des communautés internationales partielles. Le droit international conventionnel et le droit international général d'origine coutumière ne sont pas des systèmes coordonnés, car le premier a son fondement dans une norme du second et lui est ainsi subordonné.

Quant aux normes créées par des tribunaux internationaux

ou des organes analogues, elles constituent un troisième degré dans la hiérarchie du droit international, car les fonctions de ces organes sont déterminées par des traités, soit par des normes appartenant au deuxième degré, celui du droit international conventionnel, qui à son tour a son fondement dans une norme coutumière du droit international général.

La norme fondamentale du droit international, qui sera aussi par voie de conséquence celle des divers ordres juridiques nationaux subordonnés à ce droit, est une norme conférant la qualité de fait créateur de normes juridiques à la coutume résultant de la conduite réciproque des États. Sans doute le droit international général s'est-il formé à une époque où il existait déjà de nombreux ordres juridiques nationaux, mais cela n'empêche pas qu'il soit considéré comme le fondement de leur validité. La communauté juridique de la famille est elle aussi plus ancienne que l'État centralisé groupant un grand nombre de familles, mais elle a aujourd'hui son fondement dans l'ordre juridique de l'État. De même dans un État fédéral les ordres juridiques des États fédérés sont subordonnés à la constitution fédérale, bien que celle-ci ait uni des États précédemment indépendants. Il importe donc de ne pas confondre le point de vue historique et le point de vue normatif.

2. CARACTÈRE PRIMITIF DU DROIT INTERNATIONAL.

Il n'y a aucune différence de nature entre le droit international et les ordres juridiques nationaux. Comme eux il est un système de normes réglant l'emploi de la contrainte, c'est-à-dire prescrivant ou permettant d'exécuter un acte de contrainte pour sanctionner une conduite déterminée, appelée fait illicite. Le droit international connaît deux sanctions spécifiques, la guerre et les représailles, mais il se trouve à un stade primitif, dépassé depuis longtemps par les ordres juridiques nationaux. Si l'on considère plus spécialement le droit international général, à savoir la communauté internationale dans son ensemble, on constate l'absence d'organes spécialisés

pour la création et l'application des normes juridiques. La décentralisation est complète. Les normes générales sont créées par la voie de la coutume ou par celle du traité, donc par les membres eux-mêmes de la communauté internationale et non par un organe législatif spécial. Il en va de même pour l'application des normes générales aux cas concrets. Il appartient à l'État qui s'estime lésé dans ses intérêts de décider s'il est victime d'un acte illicite entraînant la responsabilité d'un autre État. Si ce dernier conteste avoir commis un tel acte, il n'y a pas d'autorité indépendante des parties pour résoudre le différend en suivant une procédure fixée par le droit. L'État lésé est autorisé à réagir contre l'État qu'il tient pour responsable en recourant à des représailles ou à la guerre, c'est-à-dire à des actes de contrainte admis par le droit international général.

Cette technique juridique de la justice privée était celle du droit national au début de son développement. Elle applique le principe de la responsabilité collective fondée sur le résultat et non celui de la responsabilité individuelle fondée sur la faute. La sanction n'est pas dirigée contre l'individu qui, en sa qualité d'organe de l'État, a commis un acte illicite intentionnellement ou par négligence, mais contre d'autres individus qui n'ont pris aucune part à cet acte et n'étaient pas en mesure de l'empêcher. Les représailles et la guerre n'atteignent pas les organes étatiques qui ont violé le droit international par des actes ou des omissions imputables à l'État. Elles frappent l'ensemble des habitants de cet État ou du moins les membres de son armée, pour autant que la technique moderne de la guerre permette encore de faire une distinction entre l'armée et l'ensemble de la population.

3. LE DROIT INTERNATIONAL S'APPLIQUE AUX INDIVIDUS DE FAÇON MÉDIATE.

Le droit international détermine les obligations, les responsabilités et les droits subjectifs des États. Contrairement à une opinion très répandue, cela ne signifie pas que les normes

du droit international ne s'appliquent pas à des individus. Toute norme juridique a pour but de régler des comportements humains et elle ne peut s'appliquer à d'autres faits que dans la mesure où ils sont en relation avec la conduite d'un individu. Tandis que les ordres juridiques nationaux déterminent directement les obligations, les responsabilités et les droits subjectifs des individus, le droit international les détermine de façon seulement médiate, par l'intermédiaire d'un ordre juridique national, personnifié sous le nom d'État.

La situation des États dans le cadre du droit international ressemble à celle des personnes juridiques dans le cadre d'un ordre juridique national. Les États sont eux aussi des personnes juridiques et les normes du droit international qui leur sont applicables sont incomplètes. Elles déterminent seulement l'élément matériel du comportement humain qu'elles ont nécessairement pour objet, laissant de côté l'élément personnel. Elles se bornent à prescrire ce qu'il faut faire ou s'abstenir de faire et elles délèguent à l'État, soit à l'ordre juridique national, le pouvoir de désigner les individus qui devront se conduire de la façon prescrite. Cette réglementation indirecte de la conduite des individus comporte d'ailleurs d'importantes exceptions. On rencontre aussi bien dans le droit international général que dans le droit conventionnel des normes s'appliquant immédiatement à des individus. Elles déterminent non seulement ce qu'il faut faire ou s'abstenir de faire, mais encore qui doit se conduire de la façon prescrite. L'individu ainsi désigné est alors un sujet immédiat du droit international.

Dans la mesure même où le droit international pénétrera dans des domaines réservés jusqu'ici aux ordres juridiques nationaux, il renforcera sa tendance à régler directement la conduite des individus et le principe de la responsabilité individuelle fondée sur la faute se substituera progressivement à celui de la responsabilité collective fondée sur le résultat. Parallèlement se formeront des organes centraux chargés de la création et de l'application des normes juridiques, de tels organes n'existant pour le moment que dans le cadre de com-

munautés internationales particulières. Comme ce fut le cas pour les ordres juridiques nationaux, la centralisation s'effectuera d'abord dans le domaine de la juridiction.

4. NOTION D'UN ORDRE JURIDIQUE UNIVERSEL.

a) *Toute science postule l'unité de son objet.*

Si la technique juridique évolue dans le sens que nous venons d'esquisser, elle tendra finalement à effacer la ligne de démarcation qui sépare le droit international des ordres juridiques nationaux. Par une centralisation croissante elle aboutira à une communauté juridique organisée s'étendant à la terre entière et constituant un État mondial, mais actuellement un tel État n'existe pas et peut-être même n'existera-t-il jamais. C'est seulement en se plaçant à un point de vue théorique que l'on peut parler d'un système juridique unique englobant le droit international et les ordres juridiques nationaux.

Une telle conception n'est cependant pas admise par la théorie traditionnelle. Pour elle le droit international et le droit national sont des systèmes différents, indépendants et isolés l'un de l'autre, pour la raison qu'ils auraient des normes fondamentales distinctes. Cette doctrine dualiste ou plus exactement pluraliste, vu le grand nombre d'ordres juridiques nationaux, se heurte toutefois à une impossibilité logique, si les normes du droit international et celles des droits nationaux doivent être considérées comme simultanément valables et comme étant les unes et les autres des normes juridiques. Or la doctrine dualiste ne nie pas que tel soit le cas. Il en résulte la nécessité logique de concevoir tout le droit à un seul et même point de vue et de l'envisager sous la forme d'un système unique.

Si donc la science du droit attribue un caractère juridique aussi bien à l'ordre international qu'aux ordres nationaux en les rattachant à la catégorie de la norme juridique valable, elle se trouve, à l'instar des sciences de la nature, dans l'obligation de présenter son objet comme une unité. Le critère

négatif d'une telle unité est l'absence de contradiction et il vaut aussi dans le domaine des sciences normatives. On ne saurait affirmer la validité simultanée d'une norme de contenu A et d'une norme de contenu non-A. Il arrive sans doute que des normes contradictoires soient effectivement édictées et que les individus auxquels elles s'adressent en aient connaissance, s'y conforment ou ne s'y conforment pas. Mais dans cette constatation, qui porte sur des faits appartenant au domaine de la nature, il n'y a pas plus de contradiction logique que dans la détermination de l'effet de deux forces contraires. En revanche on ne peut pas affirmer à la fois : « A doit être et non-A doit être », pas plus qu'on ne peut affirmer à la fois : « A est et non-A est ».

Lorsque la science du droit se trouve en présence de normes contradictoires, elle s'efforce de résoudre la contradiction en montrant qu'elle est seulement apparente. Si elle n'y parvient pas, elle considère que les normes en question sont dépourvues de sens et que de ce fait elles n'appartiennent pas au domaine du droit. Nous avons d'ailleurs déjà relevé cette tendance immanente de la science juridique quand nous avons examiné le problème de l'interprétation¹.

b) *Rapports possibles entre deux systèmes de normes.*

Dans la mesure où le droit international et les ordres juridiques nationaux sont définis comme des systèmes de normes valables et par conséquent obligatoires, et non comme des ensembles de faits naturels, il est nécessaire de les réunir dans une construction logiquement cohérente. En présence de deux systèmes de normes à première vue distincts l'un de l'autre, on peut considérer qu'ils appartiennent à un système unique quand l'un est subordonné à l'autre ou quand ils se trouvent dans un rapport de coordination. Dans le premier cas les normes du système subordonné tirent leur validité d'une norme ap-

¹ Voir pages 137 et 145.

partenant à l'autre système et jouant ainsi à l'égard des normes du système subordonné le rôle d'une norme fondamentale relative. Dans le second cas la coordination des deux systèmes de normes suppose une délimitation de leurs domaines respectifs de validité et par conséquent l'existence d'un troisième système de normes, supérieur aux deux premiers, qui détermine le mode de leur création, délimite leurs domaines de validité et établit le rapport de coordination.

Nous avons vu précédemment que le domaine de validité d'une norme juridique est l'un des éléments de son contenu et qu'il est déterminé par la norme supérieure¹. Quant au mode de création de la norme inférieure, il peut être établi de façon directe ou indirecte. Dans le premier cas la norme supérieure fixe elle-même la procédure à suivre pour créer la norme inférieure, dans le second elle se borne à autoriser un organe à édicter à son gré des normes valables pour un domaine déterminé et elle lui délègue ainsi une partie de ses pouvoirs. Il s'en suit qu'à l'égard des ordres juridiques qui lui sont subordonnés un ordre supérieur se trouve dans la situation d'un ordre total à l'égard des ordres partiels qui le composent. La norme fondamentale relative de chacun des ordres inférieurs est une norme de l'ordre supérieur et la norme fondamentale de ce dernier se trouve au sommet de l'ordre total formé par l'ordre supérieur et les ordres qui lui sont subordonnés. D'elle dépend la validité de toutes les normes appartenant à l'ordre total.

Pour que le droit international et les ordres juridiques nationaux forment ensemble un système unique, il faut donc que leurs relations réciproques aient le caractère d'une coordination ou d'une subordination.

c) *Monisme ou dualisme.*

Contre une construction moniste on fait valoir que l'indépendance réciproque du droit international et du droit national

¹ Voir pages 123 et 135.

résulte de la possibilité de contradictions insolubles entre ces deux droits. Si cette objection était fondée, il serait tout à fait impossible d'affirmer la validité simultanée du droit international et d'un droit national ou celle de deux droits nationaux, de même que la morale et le droit positif, qui en est complètement indépendant, ne peuvent pas être des systèmes de normes simultanément en vigueur. Le juriste qui étudie les normes d'un droit positif et les tient pour valables, doit faire abstraction de la morale dans la mesure où elle se trouve en contradiction avec ces normes. Les partisans de la construction dualiste devraient logiquement se borner à étudier un seul droit national en partant de l'hypothèse qu'il forme une unité et en le considérant comme le seul système de normes juridiques valables. Les autres droits nationaux et le droit international ne devraient pas être pour eux des ensembles de normes valables, mais de simples faits dépourvus de signification juridique.

La construction dualiste est celle des primitifs incapables de concevoir un ordre juridique en dehors de celui qui régit leur propre communauté. Les étrangers ne sont pour eux que des « barbares » hors la loi et les règles auxquelles ils sont soumis n'ont pas un caractère juridique ou du moins ne constituent pas un véritable droit, étant d'une nature différente et n'ayant pas la même valeur. A ce point de vue il ne saurait y avoir non plus de véritable droit international. Une telle conception n'a pas encore complètement disparu. On retrouve sa trace dans l'idée que seul le droit national est un véritable droit au plein sens du mot et elle constitue le point de départ, le plus souvent inconscient, de la théorie dualiste.

d) *Primauté d'un ordre juridique national.*

Comme il n'est guère possible de dénier tout caractère normatif au droit international et encore moins aux autres ordres juridiques nationaux, la théorie dualiste est contrainte d'abandonner sa position initiale et de s'orienter vers une construction moniste. Pour expliquer la nature juridique des systèmes de

normes existant en dehors d'un droit national donné, elle enseigne qu'un État n'est lié par le droit international que s'il l'a reconnu et que les autres États n'existent juridiquement pour lui, en d'autres termes ne sont pour lui des ordres juridiques que s'il les a reconnus comme tels. La « volonté » de l'État qui procède à cette reconnaissance serait ainsi le fondement de la validité du droit international et des autres ordres juridiques nationaux et cet État serait l'autorité juridique suprême.

Si le droit international est valable pour un État dans la mesure seulement où cet État en a reconnu le caractère obligatoire, il n'est pas un ordre juridique supérieur au droit national, ni un ordre indépendant de lui. Pour autant qu'il soit encore un droit, il est une partie intégrante du droit national, librement acceptée par lui, une sorte de droit public externe comprenant l'ensemble des normes étatiques qui règlent les relations avec les autres États et dont la réception s'effectue par la voie de la reconnaissance. De même, si l'existence juridique des autres États dépend de leur reconnaissance, l'ordre juridique de l'État qui procède à cette reconnaissance s'étend aux autres États, en ce sens qu'il leur délègue le pouvoir de créer le droit valable pour leurs territoires respectifs.

En établissant ainsi un rapport de délégation entre l'ordre juridique national pris pour base de la construction et tous les autres ordres juridiques nationaux, la théorie de la reconnaissance aboutit elle aussi à l'idée d'un système juridique universel englobant le droit national au sens étroit du mot (à savoir les normes créées par les organes d'un État), puis les normes, reconnues par lui, qui appartiennent aux ordres juridiques des autres États ou à ce qu'on appelle habituellement le droit international. On pourrait dire que dans un tel système le droit international et les autres ordres juridiques nationaux sont inclus dans le droit national pris pour base de la construction, mais c'est là seulement une image pour exprimer l'idée qu'il faut chercher dans ce droit national la raison de validité du droit international et des autres ordres

juridiques nationaux. On pourrait aussi recourir à une métaphore en disant que la validité du droit international et des autres ordres juridiques nationaux dépend de la volonté de l'État souverain qui les a reconnus. On est donc en présence d'un système juridique universel fondé sur la primauté d'un droit national jouant le rôle d'ordre juridique suprême.

Ainsi la nécessité d'admettre la validité du droit international et des autres droits nationaux, à côté de celle du droit national pris pour base de la construction, conduit la théorie dualiste à l'idée de la reconnaissance et par là-même à une construction moniste. Bien que les partisans de cette théorie n'en aient jamais tiré toutes les conséquences, leurs intentions politiques sont claires : ils désirent que l'État continue à être qualifié de souverain ou d'autorité juridique suprême. Cette qualité ne peut naturellement être attribuée qu'à l'État pris pour base de la construction, car dans son sens primitif la souveraineté d'un État est incompatible avec celle d'un autre État.

Le dogme de la souveraineté de l'État et la primauté de l'ordre juridique national, qui en est la conséquence, se rattachent à la conception subjectiviste, tendant en dernière analyse au solipsisme, qui place l'individu, le moi au centre du monde et ne voit dans ce monde qu'un objet de la volonté et de la représentation du moi. Le subjectivisme cherche à comprendre le monde en partant du moi et en le dilatant jusqu'aux dimensions de l'univers ; aussi ne peut-il dépasser la notion du moi souverain pour parvenir à celle d'un monde objectif. Il est incapable d'admettre qu'un autre sujet, distinct du moi et revendiquant la même souveraineté, un toi voulant être un moi, puisse avoir la même nature que le moi.

De même la construction moniste de la primauté du droit national, à laquelle la construction dualiste aboutit par sa théorie de la reconnaissance destinée à conserver le dogme de la souveraineté, est tout à fait inconciliable avec la notion d'une pluralité d'États souverains. Elle signifie en dernière analyse qu'à l'exception d'un seul les États sont privés de

souveraineté et même qu'ils n'existent pas comme tels, puisque pour cette théorie la souveraineté est un élément essentiel de l'État. Il en résulte aussi qu'il n'y a pas de droit international au sens propre du terme, l'État pris pour base de la construction ayant seul le caractère d'un ordre juridique. Or si n'importe quel État peut ainsi devenir le centre d'un système juridique universel, englobant dans le sens que nous avons indiqué le droit international et les autres ordres juridiques nationaux, il est clair que le droit international est transformé en droit national, qu'il y a autant de systèmes juridiques universels que d'États ou d'ordres juridiques nationaux et que dans chacun de ces systèmes un autre État sert de base à la construction.

e) *Primauté du droit international.*

La thèse qu'un État n'existe juridiquement pour un autre État que s'il a été reconnu par lui se fonde sur le droit international positif. Celui-ci détermine en effet les conditions qu'une communauté doit remplir pour être un État au sens du droit international et il autorise les États existants à constater si elles sont remplies par une communauté nouvelle. Cette constatation est appelée reconnaissance et elle a un caractère constitutif.

En revanche aucune norme du droit international positif ne fait dépendre la validité de ce droit de sa reconnaissance par les États, avec cette conséquence qu'un État ne serait soumis au droit international que s'il en a reconnu la validité. Une telle norme serait en effet inconcevable, car elle présupposerait la validité qu'elle aurait pour but d'établir. La situation est la même dans le cadre du droit national, sa validité ne dépendant pas de sa reconnaissance par les individus auxquels il s'applique. Une école de juristes, qui fut très influente au dix-huitième siècle mais n'a plus de représentants aujourd'hui, enseignait néanmoins qu'un individu n'est soumis au droit national que si et dans la mesure où il l'a reconnu. Elle se

fondait sur une philosophie individualiste, selon laquelle, de par sa nature, l'homme est libre et ne peut être obligé que par sa propre volonté¹. La nécessité d'une reconnaissance du droit national n'était donc pas tirée du droit positif, mais de la nature de l'homme ou plus exactement d'une philosophie des valeurs.

De nombreux juristes et tribunaux, notamment en Angleterre et aux États-Unis, prétendent aujourd'hui encore qu'un État n'est lié par les normes du droit international que s'il en a reconnu la validité de façon directe ou indirecte, expresse ou tacite. Ils sont guidés par une philosophie de l'État analogue à l'individualisme du dix-huitième siècle, mais ils ne peuvent se fonder sur aucune norme du droit international positif. Celui-ci n'exige pas et ne peut pas exiger d'être reconnu par les États et sa validité est indépendante d'une telle reconnaissance. Il apparaît ainsi comme un ordre juridique auquel les droits nationaux sont subordonnés, de telle sorte que nous avons un système juridique universel fondé sur la primauté du droit international. La raison de validité de ce droit ne doit plus être cherchée dans un ordre juridique national. C'est au contraire la validité des ordres juridiques nationaux qui a son fondement dans le droit international.

La possibilité d'interpréter le monde du droit à l'aide de deux constructions différentes, fondées l'une sur la primauté de l'ordre juridique national et l'autre sur la primauté du droit international, est comparable à la possibilité d'interpréter le monde de la physique selon des systèmes différents de référence. La physique moderne considère que pour un phénomène se déroulant dans l'espace et dans le temps la formulation d'un résultat quantitatif n'a un sens déterminé que si l'on indique le système de référence auquel il se rapporte. La formulation varie

¹ Voir par exemple J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, livre IV, chap. II : « Tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu. ... Quand l'État est institué, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. »

en effet selon le système de référence et celui-ci peut être choisi arbitrairement. Si par exemple notre planète est prise pour base du système de référence, on dira que le soleil tourne autour d'elle, mais si l'on choisit le soleil comme base du système, on dira qu'il est immobile et que la terre tourne autour de lui. Selon la théorie de la relativité ces deux systèmes sont également admissibles et il n'y a pas en physique de méthode scientifique permettant d'affirmer que l'un d'eux est préférable à l'autre¹.

La situation est tout à fait la même dans le domaine du droit. Si le juriste adopte un système de référence fondé sur l'ordre juridique national, il dira que cet ordre juridique est un État souverain et que le droit international lui est subordonné, car il est reconnu par lui et en constitue une partie intégrante. Mais s'il adopte un système de référence fondé sur le droit international, il dira que les ordres juridiques nationaux, à savoir tous les États y compris le sien, sont subordonnés au droit international et ne peuvent être souverains. La formulation du rapport entre le droit international et le droit national varie donc selon le système de référence adopté. Pour la science juridique ces deux systèmes sont également admissibles, car il n'y a pas de méthode juridique permettant de donner la préférence à l'un au détriment de l'autre.

f) *Peut-il y avoir des contradictions logiques entre le droit international et le droit national ?*

Si l'on suppose que le droit international n'est valable pour un État que s'il a été reconnu par lui, on ne peut pas maintenir la principale objection faite à une conception moniste des rapports entre le droit international et le droit national, à savoir que des contradictions insolubles peuvent exister entre ces deux droits. Comment de telles contradictions seraient-elles possi-

¹ D'après MAX PLANCK, *Vorträge und Erinnerungen*, Stuttgart, 1949, p. 311.

bles, si c'est la même « volonté »¹ qui établit l'ordre juridique national et reconnaît le droit international ?

Les contradictions que l'on croit voir entre le droit international et le droit national ne sont nullement des contradictions logiques, mais des cas spéciaux de l'opposition qui peut exister entre une norme supérieure et une norme inférieure². Ainsi quand la loi d'un État est en désaccord avec un traité conclu par cet État, cela n'affecte ni la validité de la loi, ni celle du traité. Des situations analogues se présentent dans le cadre d'un droit national, sans qu'on doive pour autant douter de son unité. Une loi anticonstitutionnelle reste valable sans qu'il y ait de ce fait abrogation ou modification de la constitution ; un jugement illégal conserve sa validité aussi longtemps qu'il n'a pas été abrogé par un autre jugement.

Comme nous l'avons vu, l'existence d'une norme inférieure contredisant une norme supérieure ne signifie pas qu'il y ait une contradiction logique, mais simplement que la norme inférieure peut être annulée ou qu'un organe responsable peut être puni. L'édiction d'une telle norme peut aussi constituer un acte illicite auquel l'ordre juridique attache la sanction de ses actes spécifiques de contrainte, mais nous avons montré qu'il n'y a pas non plus de contradiction logique entre un acte illicite et la norme qu'il « viole »³. La création de normes valables par un acte illicite ne soulève donc pas de difficultés d'ordre logique. Si un tel acte entraîne l'application d'une sanction, cela n'empêche pas que la norme elle-même soit valable jusqu'au moment de son annulation ou même pour une durée indéterminée si elle ne peut être annulée du fait de son imperfection.

Quand le droit international oblige un État à accomplir tel ou tel acte, par exemple à édicter des normes d'un contenu déterminé, cela signifie seulement qu'un acte contraire, tel que l'édiction d'une norme ayant un contenu opposé, est la condi-

¹ La volonté de l'État n'est d'ailleurs qu'une expression anthropomorphe servant à désigner la validité de certaines normes.

² Voir page 129.

³ Voir page 75.

tion d'un recours aux sanctions spécifiques du droit international (guerre ou représailles). Une norme du droit national édictée en « violation » d'une norme du droit international reste valable même au point de vue du droit international général, car celui-ci ne prévoit aucune procédure pour l'annulation d'une telle norme. Une annulation n'est possible que dans le cadre du droit international particulier. Une norme du droit national contraire au droit international est comparable à une loi anti-constitutionnelle, par exemple à une loi violant les droits fondamentaux accordés par la constitution aux individus, pour autant que cette constitution, comme c'est fréquemment le cas, ne prévoit pas de procédure permettant d'annuler une loi en raison de son caractère anticonstitutionnel et se contente de la possibilité de rendre certains organes personnellement responsables de l'édiction d'une telle loi.

La détermination du contenu d'un droit national par le droit international, de même que celle du contenu d'une loi par une constitution n'instituant pas de juridiction chargée de se prononcer sur la constitutionnalité des lois, se présente sous la forme d'une alternative. Aussi bien les normes conformes au droit international que celles d'un contenu différent sont valables. Les secondes subissent une disqualification du fait que leur édictation constitue un acte illicite, mais ni cet acte, ni la norme créée par lui ne contredisent le droit international. Rien n'empêche donc d'admettre que le droit international et les ordres juridiques nationaux forment ensemble un système unique.

- g) *Le droit international délimite les domaines de validité du droit national.*

L'unité du système du droit ne résulte pas seulement de l'absence de contradictions logiques ; elle a aussi un sens positif. Il est généralement admis, même par les partisans de la construction dualiste, que les ordres juridiques nationaux se trouvent dans un rapport de coordination et que leurs domaines de

validité et notamment leurs territoires sont juridiquement délimités. Or cela suppose qu'un autre ordre juridique procède à cette coordination et délimite les domaines de validité. Tel est effectivement le rôle que joue le droit international à l'égard des ordres juridiques nationaux et cela aussi bien dans la construction où il forme une partie intégrante du droit national que dans celle où il constitue un ordre juridique supérieur au droit national. Ces deux interprétations possibles de la relation entre le droit international et le droit national ne concernent en effet que la raison de validité de l'un et l'autre droit. Elles n'ont pas trait à leur contenu et en particulier elles n'affectent en rien celui du droit international.

Une règle du droit international général, que nous avons déjà mentionnée et qui est reconnue par la théorie et par la pratique, établit que tout gouvernement, même s'il est parvenu au pouvoir à la suite d'une révolution ou d'un coup d'État, est légitime au point de vue du droit international s'il est indépendant et capable de faire respecter de façon durable les normes qu'il édicte. Cela signifie qu'un système de normes coercitives relevant directement du droit international est un ordre juridique valable quand les habitants d'un territoire déterminé se conforment d'une manière générale aux normes de cet ordre. La communauté constituée par un tel ordre est un État au sens du droit international. Le principe de l'effectivité est ainsi l'une des règles fondamentales du droit international. Il en résulte que les pouvoirs des ordres juridiques nationaux leur sont délégués par le droit international, car pour qu'une autorité édictant des normes respectées de façon durable dans un territoire déterminé soit considérée comme un organe créateur de droit, il faut que cette qualité lui ait été attribuée par le droit international sous la forme d'une autorisation de créer des normes juridiques.

Cela signifie que la raison de validité du droit national peut être trouvée dans le droit international. Mais si l'on adopte la théorie de la primauté d'un droit national, cette conclusion ne vaut pas pour l'État pris pour base de la construction, car la

validité du droit international à l'égard de cet État dépend de son incorporation dans le droit national. En revanche la validité des autres ordres juridiques nationaux reste fondée sur le droit international, car en reconnaissant la qualité d'État à ces ordres juridiques, l'État pris pour base de la construction applique le droit international préalablement devenu partie intégrante de son droit national.

Par le principe de l'effectivité le droit international délimite les domaines de validité des ordres juridiques nationaux au triple point de vue territorial, personnel et temporel. Le territoire d'un État s'étend en vertu du droit international partout où le droit de cet État est effectivement appliqué et le droit international garantit l'intégrité de ce territoire en prévoyant des sanctions pour le cas où il lui serait porté atteinte. Abstraction faite de quelques exceptions, le système de contrainte constitué par un ordre juridique national ne peut s'appliquer qu'à l'intérieur du territoire garanti par le droit international. Son application en dehors de ce territoire constitue une violation du droit international. Ainsi la coexistence dans l'espace d'une pluralité d'États devient juridiquement possible.

En délimitant le domaine territorial de la validité des ordres juridiques nationaux, le droit international délimite aussi indirectement le domaine personnel de cette validité, car les individus qui se trouvent sur le territoire d'un État sont en vertu du droit international soumis au droit national de cet État.

Quant à la succession dans le temps de deux ordres juridiques nationaux, elle est également réglée par le droit international, le principe de l'effectivité permettant d'établir quand la validité d'un ordre juridique national commence et quand elle finit. A ce point de vue la formation et la disparition d'un État sont dans le cadre du droit international des phénomènes analogues à la fondation et à la dissolution d'une personne juridique dans le cadre d'un droit national.

Enfin le droit international limite le domaine matériel de la validité des ordres juridiques nationaux, car ses propres normes et notamment celles qui sont créées par traité peuvent

avoir n'importe quel contenu. Sans doute un ordre juridique national a-t-il lui aussi en principe la compétence d'établir des normes sur tout point quelconque, mais il la perd au fur et à mesure que de nouvelles normes du droit international viennent restreindre sa liberté d'action. Un ordre juridique national peut donc régler n'importe quelle matière sous la seule réserve des restrictions imposées par le droit international.

Le droit international délimite les domaines de validité des ordres juridiques nationaux même si l'on suppose qu'il est valable seulement en tant que partie intégrante d'un tel ordre, mais il faut alors distinguer entre le droit national au sens étroit du mot, c'est-à-dire abstraction faite des normes du droit international, et le droit national comprenant les dites normes. On peut ainsi considérer que le droit international, en tant que partie intégrante du droit national au sens large du mot, délimite les domaines de validité du droit national au sens étroit du mot. Le droit international remplit donc la fonction de délimiter les domaines de validité des ordres juridiques nationaux quelle que soit la théorie adoptée au sujet de sa raison de validité : primauté du droit national ou primauté du droit international.

h) *L'Etat considéré comme un organe du droit international.*

En tant qu'ordre social identique au droit national au sens étroit du mot, l'État peut être défini comme un ordre juridique partiel relevant directement du droit international et comportant un certain degré de centralisation. Son domaine de validité est délimité par le droit international au point de vue territorial, personnel et temporel. Quant au domaine matériel de sa validité il est illimité, sous la seule réserve des restrictions qui peuvent lui être imposées par le droit international. Si l'on préfère un langage plus imagé, on dira de l'État qu'il est une personne juridique et qu'il remplit la fonction d'un organe de la communauté constituée par le droit international, notamment dans la mesure où il participe à la formation des normes de ce droit.

On ne peut comprendre la formation des normes juridiques

internationales qu'en se plaçant au point de vue du droit international général. C'est lui en effet qui détermine comment ces normes se forment, en qualifiant notamment le traité d'acte créateur de droit et en obligeant les États à respecter les traités qu'ils ont conclus. Les représentants de deux États qui participent à la conclusion d'un traité constituent un organe composé, mais unique, de la communauté d'États formée par le droit international général et non un organe commun aux deux États. Le pouvoir de désigner la personne chargée d'exprimer au nom de l'État sa volonté de conclure un traité est délégué par le droit international au droit national. Les représentants des États contractants qui par leur réunion constituent l'organe créateur de la norme conventionnelle sont donc en premier lieu des organes du droit international et en second lieu seulement des organes de l'État qu'ils représentent. Sous l'influence du dogme de la souveraineté on dit souvent que le droit international conventionnel est créé par les États ; en fait il l'est par la communauté internationale qu'ils constituent, de même que c'est l'État qui par ses organes crée le droit national.

En disant que l'État est un organe du droit international nous employons une expression imagée pour définir les liens qui unissent un ordre juridique national à l'ordre juridique international et par l'intermédiaire de celui-ci aux autres ordres juridiques nationaux. Ces liens constituent en un sens tout à fait positif l'unité du système juridique universel. Rappelons cependant, pour éviter tout malentendu, que cette unité a un caractère purement théorique. Elle ne constitue pas un État mondial, car l'État est un ordre juridique centralisé, tandis que la communauté formée par le droit international positif est tout à fait décentralisée, et cela aussi bien dans la théorie de la primauté du droit international que dans celle de la primauté d'un droit national. Dans le premier cas le droit international englobe tous les droits nationaux ; dans le second il forme une partie intégrante du droit national de l'État pris pour base de la construction et n'englobe de ce fait que les droits nationaux des autres États.

Si l'on fonde le système juridique universel sur la primauté d'un droit national, nous avons trois groupes de normes, celles créées par les organes de l'État pris pour base de la construction (droit national au sens étroit du mot), celles du droit international et celles des autres droits nationaux (au sens étroit du mot) reconnus par cet État, mais seul un droit national au sens étroit du mot est assez centralisé pour répondre à la définition de l'État. Si la qualité d'État est également attribuée aux autres ordres juridiques nationaux reconnus par l'État pris pour base de la construction, la souveraineté ne peut pas être un élément essentiel de la notion de l'État, car dans une telle construction seul l'État pris pour base peut être considéré comme souverain au sens d'une autorité juridique suprême. Sa souveraineté exclut nécessairement celle de tous les autres États et elle a uniquement le caractère d'une supposition théorique. De même il va de soi que dans le cas où la primauté est attribuée au droit international il ne peut plus être question d'États souverains, car ils sont tous subordonnés au droit international, qui constitue alors l'autorité juridique suprême.

De cette façon la Théorie pure du droit enlève à l'État le caractère absolu que le dogme de la souveraineté lui confère. Elle le relativise en le considérant comme un stade intermédiaire dans la série de formes juridiques qui va de la communauté universelle du droit international aux diverses communautés juridiques subordonnées à l'État.

i) *La Théorie pure du droit et le développement du droit international.*

L'élimination du dogme de la souveraineté, principal instrument de l'idéologie impérialiste dirigée contre le droit international, est un des résultats les plus importants de la Théorie pure du droit. Bien qu'il ait été acquis sans aucune intention politique, il peut avoir des répercussions dans le domaine de la politique. Il écarte en effet un obstacle, qui a pu paraître insurmontable, à tout développement technique du droit inter-

national, à toute tentative de le centraliser davantage. La Théorie pure n'admet pas qu'un tel développement soit exclu par la nature même du droit international ou par celle de l'État, c'est-à-dire par tout ce que la notion traditionnelle de la souveraineté est censée exprimer. Elle démontre que cette notion ne saurait être utilisée en vue de donner l'apparence de vérités incontestables à des arguments purement politiques, auxquels on peut toujours opposer des arguments contraires de même nature. Elle facilite ainsi le développement d'une politique juridique qui a été entravée par des notions erronées, mais cela ne signifie pas qu'elle justifie ou recommande une telle politique, car en tant que théorie elle ne saurait avoir de préférences politiques.

Ses effets possibles dans le domaine de la politique ne lui enlèvent pas son caractère de théorie pure. De même les sciences de la nature permettent seules à la technique de progresser, sans que ce soit là leur but et par le fait même qu'elles visent uniquement à la connaissance pure. En ce sens il est permis d'affirmer qu'en relativisant la notion de l'État et en fondant l'unité théorique de tout ce qui est juridique, la Théorie pure du droit crée une condition essentielle pour parvenir à une unité politique du monde, dotée d'une organisation juridique centralisée.

HANS KELSEN

NOTE SUR SA CARRIÈRE ET LISTE DE SES PUBLICATIONS

Hans Kelsen est né le 11 octobre 1881 à Prague, qui faisait alors partie de l'Empire autrichien. Trois ans plus tard il vint à Vienne, où ses parents s'établirent. Il y fit toutes ses études et obtint en 1906 le grade de docteur en droit. L'année précédente il avait publié son premier ouvrage scientifique consacré à la notion de l'État dans la pensée de Dante. Peu après il se mit à l'étude des problèmes de la théorie du droit et se rendit aux Universités de Heidelberg et de Berlin pour approfondir ses connaissances par le contact personnel avec des juristes renommés. Son premier ouvrage dans ce domaine parut en 1911. Il y traitait des principaux problèmes du droit public à partir de la notion de la règle de droit, posant ainsi les fondements de la Théorie pure du droit, qu'il a développée plus tard de façon systématique. La même année il fut nommé privat-docent de droit public et de philosophie du droit à l'Université de Vienne. En 1913 il fonda une revue de droit public, intitulée « *Zeitschrift für öffentliches Recht* », dont la parution dut être interrompue au cours de la guerre, mais fut reprise après la fin des hostilités. Il en fut le directeur jusqu'au moment où les conditions politiques des années précédant la seconde guerre mondiale l'obligèrent à se retirer.

Pendant la première guerre mondiale il fut officier de réserve dans l'armée austro-hongroise, puis dès 1917 conseiller juridique du ministère de la guerre, avec la mission de préparer une revision de la constitution portant sur l'organisation militaire de la monarchie. Le régime monarchique n'ayant pas survécu à la défaite militaire, la revision envisagée fut abandonnée. Lors de l'avènement de la République autrichienne Hans Kelsen fut chargé par le gouvernement de préparer des projets pour la nouvelle constitution fédérale

du pays. L'un de ces projets fut adopté par le Parlement en 1920. Entre temps Hans Kelsen avait été nommé en 1917 professeur extraordinaire de droit public et de philosophie du droit à l'Université de Vienne et promu professeur ordinaire deux années plus tard. En 1921 il devint juge au tribunal constitutionnel, où il fut chargé des fonctions de rapporteur. Ce tribunal fut dissous en 1929 à la suite notamment d'une décision qu'il avait prise sur la proposition de son rapporteur.

Hans Kelsen accepta alors un appel de l'Université de Cologne, où il enseigna le droit international. Son premier ouvrage dans ce domaine, paru en 1920, était consacré au problème de la souveraineté et à la théorie du droit international. Il portait en sous-titre la mention « Contribution à une théorie pure du droit ». C'était la première fois que Hans Kelsen donnait ce nom à la théorie dont il fut l'initiateur et qui, dès les dernières années de la première guerre mondiale, fut constituée par les travaux d'un groupe de jeunes juristes préoccupés d'élaborer une science exacte du droit et de l'État. Ce groupe comprenait notamment Adolf Merkl, alors professeur de droit administratif à l'Université de Vienne, Alfred Verdross, actuellement professeur de droit international à cette université, Josef Kunz, actuellement professeur de droit international à l'Université américaine de Toledo (Ohio), Felix Kaufmann et Erich Hula, actuellement professeurs à la « New School for Social Research » à New York, Rudolf Metall, chef de section au Bureau international du travail, Fritz Schreier, alors privat-docent à l'Université de Vienne, Tomoo Otaka, professeur de philosophie du droit à l'Université de Tokio. De nombreux savants s'intéressèrent par la suite aux travaux de ce groupe sans en faire directement partie. Citons parmi eux Franz Weyr, principal théoricien du droit en Tchécoslovaquie, Paul Guggenheim, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, Charles Eisenmann, professeur de droit public à l'Université de Paris.

Pendant les dernières années de son enseignement à Vienne Hans Kelsen consacra un de ses principaux ouvrages à la théorie générale de l'État, considéré comme un phénomène juridique, donc comme un ordre juridique, et il prit position à l'égard des problèmes de la philosophie du droit dans une étude sur les fondements philosophiques de la doctrine du droit naturel et du positivisme juridique.

Quant à son enseignement à Cologne, il fut de courte durée, car en 1933 déjà Hans Kelsen fut l'un des premiers professeurs révoqués par le gouvernement national-socialiste. Il répondit alors à un appel de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, où il enseigna le droit international jusqu'en 1940. De 1936 à 1938 il fut en outre professeur de droit international à l'Université allemande de Prague, où il se heurta à la violente hostilité des étudiants nationaux-socialistes, alors en majorité. En 1932 il donna à l'Académie de droit international de La Haye un cours sur la théorie générale du droit international public et dans les années qui suivirent il publia une série d'articles sur la revision du pacte de la Société des Nations. En outre la première version du présent ouvrage parut en allemand en 1934.

En 1940, Hans Kelsen se rendit aux États-Unis, où il enseigna d'abord à l'Université de Harvard en qualité de premier « Oliver Wendell Holmes Lecturer », puis à l'Université de Californie à Berkeley en qualité de professeur de droit international et de philosophie du droit. Il fut aussi appelé à donner des conférences dans diverses universités américaines, ainsi qu'aux Universités de Buenos Aires, Montevideo et Rio de Janeiro. Enfin le département de la guerre à Washington le consulta lors des préparatifs en vue de la poursuite judiciaire des criminels de guerre.

Pendant son séjour aux États-Unis, Hans Kelsen devint citoyen américain et publia de nombreux articles sur des questions de droit international, ainsi que quelques livres importants : une étude sociologique sur la société et la nature, une théorie générale du droit et de l'État, un ouvrage sur le droit des Nations Unies et un autre sur les principes du droit international.

Ayant atteint la limite d'âge en 1951, l'Université de Californie le mit à la retraite et il occupa actuellement à titre temporaire une chaire à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève.

Parmi les nombreuses distinctions dont il a été l'objet citons le doctorat *honoris causa* des Universités de Harvard, d'Utrecht, de Chicago, de Californie et de Mexico, le titre de professeur honoraire des Universités de Vienne et de Rio de Janeiro, celui de membre de l'Académie des sciences de Belgique, des Pays-Bas, d'Autriche et de Boston, et celui de membre honoraire de la Société américaine de droit international et du comité de rédaction de l'*American Journal of International Law*.

OUVRAGES ¹

- Die Staatslehre des Dante Alighieri.* Vienne et Leipzig, 1905, 149 p.
- Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1907).* Vienne, 1907, 217 p.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsätze.* Tubingue, 1911, 2^e édition 1923, XXXVI + 709 p.
- Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode.* Tubingue, 1911, 64 p. (traduit en serbe).
- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre.* Tubingue, 1920, 2^e édition 1928, XII + 320 p.
- Sozialismus und Staat, Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus.* Leipzig, 1920, 129 p. ; 2^e édition 1923, VIII + 208 p.
- Vom Wesen und Wert der Demokratie.* Tubingue, 1920, 38 p. ; 2^e édition 1929, VII + 119 p. (traduit en espagnol, italien, japonais, polonais, tchèque et turc ; traduction française ci-dessous).
- La démocratie, sa nature — sa valeur.* Paris, 1932, X + 121 p.
- Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch - Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen.* Vienne et Leipzig, 1919-1922, 5 volumes.
- Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht.* Tubingue, 1922, 2^e édition 1928, VIII + 253 p. (traduit en japonais et tchèque).
- Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der « Rechtsdogmatik ».* Vienne et Leipzig, 1922, 135 p.
- Oesterreichisches Staatsrecht, Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt.* Tubingue, 1923, 256 p.
- Allgemeine Staatslehre.* Berlin, 1925, XIV + 433 p. (traduit en espagnol).

¹ La présente bibliographie indique les titres des œuvres originales, ceux des traductions françaises et à défaut ceux des traductions anglaises. L'existence d'autres traductions est signalée entre parenthèses dans la mesure où il a été possible de l'établir.

- Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates.* Vienne, 1926, 64 p. (traduit en chinois, espagnol, grec, hongrois, italien, japonais, portugais, roumain et tchèque ; traduction française ci-dessous).
- Aperçu d'une théorie générale de l'État.* Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, vol. 43, 1926, p. 561-646. Tiré à part, 1927.
- Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public.* Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 14, 1926, p. 231-331.
- Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus.* Charlottenbourg, 1928, 78 p. (traduit en anglais, italien et japonais).
- Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung.* Vienne, 1930, 91 p.
- Wer soll Hüter der Verfassung sein ?* Berlin, 1931, 53 p.
- Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis.* Recueil des cours de l'Académie de droit international, vol. 42, 1932, p. 121-351.
- Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.* Leipzig et Vienne, 1934, XV + 236 p. (traduit en espagnol, italien, japonais et portugais).
- Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant.* Geneva Studies, vol. X, n° 6, Genève, 1939, 178 p.
- Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung.* La Haye, 1940, 514 p. (traductions anglaise et espagnole ci-dessous).
- Society and Nature. A Sociological Inquiry.* University of Chicago Press, 1943, 391 p. (traduit en espagnol).
- Law and Peace in International Relations.* Harvard University Press, 1942 (traduit en espagnol et japonais).
- General Theory of Law and State.* Harvard University Press, 1943, 600 p. (traduit en espagnol et italien).
- El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho.* Mexico, 1943, 164 p.

- Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob.* Annalen der Philosophie, vol. 1, 1919, p. 630-658.
- Der Staatsbegriff der « verstehenden Soziologie ».* Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik, nouvelle série, vol. 1, 1921, p. 104-119.
- Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 2, 1921, p. 453-510.
- Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates.* Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie, série A, 2^e année, 1922, p. 18-37.
- Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse.* Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften, vol. 8, 1922, p. 97-141 (traduction anglaise ci-dessous).
- The Conception of the State and Social-Psychology. With special reference to Freud's group theory.* The International Journal of Psycho-Analysis, vol. 5, 1924, p. 1-38.
- Gott und Staat.* Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, vol. 11, 1922/23, p. 261-284.
- Marx oder Lassalle ?* Leipzig, 1924, 50 p.
- « Kihanteki Taikei » to shitenno Kokka* (L'État en tant qu'ordre normatif). Hogaku Ronso, Kyoto (Japon), vol. 11, 1924, p. 117-134, 260-270, 387-396, 528-550.
- Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates.* Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, vol. 17, 1924, p. 374-408.
- Diritto pubblico e privato.* Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1924, p. 340-357.
- Souveränität, völkerrechtliche.* Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, Berlin, 1925, vol. 2, p. 554-559.
- Das Problem des Parlamentarismus.* Vienne et Leipzig, 1925, 44 p. (traduit en italien et polonais).
- Staat und Völkerrecht.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 4, 1925, p. 207-222.

- Peace through Law.* University of North Carolina Press, 1944 (traduit en espagnol).
- La idea del derecho natural y otros ensayos.* Buenos Aires, 1946, 305 p.
- The Political Theory of Bolshevism.* University of North Carolina Press, 1949, 59 p. (traduit en hollandais et japonais).
- The Law of the United Nations.* Londres, 1950, 903 p. ; 2^e édition 1952, 944 p.
- Principles of International Law.* New York, 1952, XVII + 461 p.

BROCHURES ET ARTICLES

- Zur Soziologie des Rechts. Kritische Betrachtungen.* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, vol. 34, 1912, p. 601-614.
- Ueber Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Delikt-fähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt.* Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, vol. 40, 1913, p. 1-114.
- Politische Weltanschauung und Erziehung.* Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, vol. 2, 1913, p. 1-26.
- Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft.* Archiv des öffentlichen Rechts, vol. 31, 1913, p. 53-98, 190-249.
- Rechtsstaat und Staatsrecht.* Oesterreichische Rundschau, vol. 36, 1913, p. 88-94.
- Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung.* Juristische Blätter, 42^e année, 1913, p. 229-232.
- Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung.* Archiv des öffentlichen Rechts, vol. 32, 1914, p. 202-245, 390-438.
- Eine Grundlegung der Rechtssoziologie.* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, vol. 39, 1915, p. 839-876.
- Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung.* Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 40^e année, 1916, p. 1181-1239 (traduit en japonais).

- Impartirea teritoriala a statului.* Revista de drept public, Bucarest, vol. 1, 1926, p. 375-395.
- Das Wesen des Staates.* Revue internationale de la théorie du droit, vol. 1, 1926, p. 5-17.
- Staatsform als Rechtsform.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 5, 1926, p. 73-93.
- Der Staat als Uebermensch. Eine Erwiderung.* Vienne, 1926, 24 p.
- Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung.* Festgabe für Fritz Fleiner, Tubingue, 1927, p. 127-187.
- Die Idee des Naturrechts.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 6, 1927, p. 221-250 (traduit en espagnol et italien).
- Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses.* Revue internationale de la théorie du droit, vol. 2, 1927/28, p. 71-94.
- Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 7, 1928, p. 583-599.
- Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht.* Juristische Blätter, 57^e année, 1928, p. 105-110.
- Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie ? Eine Erwiderung.* Vienne, 1928, 31 p.
- La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle).* Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, vol. 45, 1928, p. 197-257. *Idem* dans l'Annuaire de l'Institut international de droit public, 1929, p. 52-143.
- Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.* Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 5^e cahier, Berlin et Leipzig, 1929, p. 30-88, 117-123.
- Justiz und Verwaltung.* Zeitschrift für soziales Recht, vol. 1, 1929, p. 80-93.
- Souveränität.* Die neue Rundschau, 40^e année, 1929, p. 433-446.
- Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre.* Juristische Wochenschrift, 58^e année, 1929, p. 1723-1726 (traduit en italien et tchèque).

- La naissance de l'État et la formation de sa nationalité. Les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie.* Revue de droit international, vol. 4, 1929, p. 613-641. Texte allemand dans les publications de la Cour permanente de Justice internationale, série C, n° 68, p. 71-102.
- Der Wandel des Souveränitätsbegriffes.* Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio, Modène, 1931, vol. 2, p. 1-11 (traduit en hongrois).
- Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung.* Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, vol. 66, 1932, p. 449-521.
- Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 12, 1932, p. 481-608.
- Staatsform und Weltanschauung.* Tubingue, 1933, 30 p. (traduit en espagnol et tchèque).
- Die platonische Gerechtigkeit.* Kant-Studien, vol. 38, 1933, p. 91-117 (traduit en anglais et espagnol ; traduction française ci-dessous).
- La justice platonicienne.* Revue philosophique de la France et de l'étranger, vol. 104, 1932, p. 364-396.
- Die platonische Liebe.* Imago, Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendungen, vol. 19, 1933, p. 34-98, 225-255 (traduction anglaise ci-dessous).
- Platonic Love.* The American Imago, vol. 3, 1942, p. 183-200.
- Die hellenisch-makedonische Politik und die « Politik » des Aristoteles.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 13, 1933, p. 625-678 (traduit en espagnol ; traduction française ci-dessous).
- The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy.* Ethics, an International Journal of Social, Political and Legal Philosophy, vol. 48, 1937, p. 1-64.
- Zur Theorie der Interpretation.* Revue internationale de la théorie du droit, vol. 8, 1934, p. 9-17.
- La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit.* Revue de métaphysique et de morale, vol. 41, 1934, p. 183-204 (traduit en anglais, espagnol, italien, polonais, suédois et tchèque).

- Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 14, 1934, p. 240-255 (traduit en anglais, espagnol et polonais ; traduction française ci-dessous).
- La technique du droit international et l'organisation de la paix.* Revue de droit international et de législation comparée, 1934, p. 5-24.
- La dictature de parti.* Publications de l'Institut international de droit public, Paris, 1934, 19 p. (traduit en anglais, espagnol, grec et polonais).
- Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter.* Prager Juristische Zeitschrift, 14^e année, 1934, colonnes 419-431 (traduction française ci-dessous).
- Traité internationaux à la charge d'États tiers.* Mélanges offerts à Ernest Mahaim, Paris, 1935, vol. 2, p. 164-172.
- La transformation du droit international en droit interne.* Revue générale de droit international public, vol. 43, 1936, p. 5-49.
- L'âme et le droit.* Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, vol. 2, 1936, p. 60-82 (traduit en anglais).
- Droit et État du point de vue d'une théorie pure.* Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1936, p. 17-59.
- Contribution à la théorie du traité international.* Revue internationale de la théorie du droit, vol. 10, 1936, p. 253-292.
- Centralization and Decentralization.* Harvard Tercentenary Publications, « Authority and the Individual », 1937, p. 210-239.
- Wissenschaft und Demokratie.* Neue Zürcher Zeitung, 1937, Nos 321 et 327.
- Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundstatuts.* Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 17, 1937, p. 401-490, 590-622 (traduction française ci-dessous).
- Contribution à l'étude de la revision juridico-technique du Statut de la Société des Nations.* Revue générale de droit international public, vol. 44, 1937, p. 625-680, vol. 45, 1938, p. 5-43.
- The Function of the Pure Theory of Law.* « Law, A Century of Progress 1835-1935 ». New York University Press, 1937, vol. 2, p. 231-241.

- De la séparation du Pacte de la Société des Nations et des traités de paix.* « La crise mondiale », collection d'études publiées à l'occasion du dixième anniversaire de l'Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, p. 143-173 (traduction anglaise ci-dessous).
- The Separation of the Covenant of the League of Nations from the Peace Treaties.* « The World Crisis », Symposium of studies published on the occasion of the tenth anniversary of the Graduate Institute of International Studies, Londres, New York et Toronto, 1938, p. 133-159.
- Zur Reform des Völkerbundes.* Pax Edition, Prague, 1938, 19 p.
- Zur Lehre vom Primat des Völkerrechts.* Revue internationale de la théorie du droit, vol. 12, 1938, p. 211-216.
- Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip.* The Journal of Unified Science, 1939, p. 69-130 (traduit en espagnol).
- Théorie du droit international coutumier.* Revue internationale de la théorie du droit, N. S. vol. 1, 1939, p. 253-274.
- International Peace by Court or Government.* The American Journal of Sociology, 1941, p. 571-581.
- The Essential Conditions of International Justice.* Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, 1941, p. 70-86.
- Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence.* Harvard Law Review, vol. 55, 1941, p. 44-70 (traduit en espagnol et italien).
- Causality and Retribution.* Philosophy of Science, vol. 8, 1941, p. 533-556.
- Recognition in International Law.* The American Journal of International Law, vol. 35, 1941, p. 605-617.
- The Law as a Specific Social Technique.* The University of Chicago Law Review, vol. 9, 1941, p. 75-97.
- Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions.* The Journal of Politics, vol. 4, n° 2, 1942, p. 183-200.
- Value Judgments in the Science of Law.* Journal of Social Philosophy and Jurisprudence, vol. 7, n° 4, 1942, p. 312-333 (traduit en espagnol).

- Revision of the Covenant of the League of Nations.* World Organization, 1942, p. 392-412.
- Post-War Problems.* Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences, vol. 75, 1942, p. 11-13.
- Compulsory Adjudication of International Disputes.* The American Journal of International Law, vol. 37, 1943, p. 397-406.
- Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory.* Ethics, An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy, vol. 53, 1943, p. 208-211.
- Peace Through Law.* Journal of Legal and Political Sociology, vol. 2, 1943, p. 52-67 (traduit en espagnol).
- Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals.* California Law Review, vol. 31, 1943, p. 530-571 (traduit en espagnol).
- The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization.* The Yale Law Journal, vol. 53, 1944, p. 207-220 (traduit en espagnol).
- The Strategy of Peace.* The American Journal of Sociology, vol. 49, 1944, p. 381-389.
- The International Legal Status of Germany to be established immediately upon Termination of the War.* The American Journal of International Law, vol. 38, 1944, p. 689-694.
- The Old and the New League.* The American Journal of International Law, vol. 39, 1945, p. 45-83.
- The Rule Against Ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals.* The Judge Advocate Journal, vol. 2, n° 3, 1945, p. 8-12.
- The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin.* The American Journal of International Law, vol. 39, 1945, p. 518-526 (traduit en espagnol).
- Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations.* Iowa Law Review, vol. 31, 1946, p. 499-543.
- The Preamble of the Charter. A Critical Analysis.* The Journal of Politics, vol. 8, 1946, p. 134-159.

- Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations.* Harvard Law Review, vol. 59, 1946, p. 1087-1121.
- Membership in the United Nations.* Columbia Law Review, vol. 46, p. 391-411 (traduit en espagnol).
- Limitations on the Functions of the United Nations.* The Yale Law Journal, 1946, p. 997-1015.
- Sanctions under the Charter of the United Nations.* Canadian Journal of Economics and Political Science, vol. 12, 1946, p. 329-438.
- Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre.* Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 1, 1946, p. 20-83.
- Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence.* Harvard Law School Year Book, 1946, p. 12-13.
- The International Law of the Future.* « The San Francisco Conference and the United Nations Organization ». Proceedings of the Institute of World Affairs, 21^e session, 1946, p. 190-203.
- Metamorphoses of the Idea of Justice.* « Interpretations of Modern Legal Philosophies ». Essays in honor of Roscoe Pound, 1947, p. 390-418 (traduit en espagnol).
- Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedent ?* The International Law Quarterly, vol. 1, 1947, p. 153-171.
- Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable ?* The American Political Science Review, vol. 41, 1947, p. 1188-1193.
- Law, State and Justice in the Pure Theory of Law.* The Yale Law Journal, vol. 57, 1948, p. 377-390.
- Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics.* The American Political Science Review, vol. 42, 1948, p. 906-914 (traduit en espagnol).
- Withdrawal from the United Nations.* The Western Political Quarterly, vol. 1, 1948, p. 29-43 (traduction française ci-dessous).
- Du droit de se retirer de l'Organisation des Nations Unies.* Revue générale de droit international public, vol. 52, 1948, p. 5-19.
- The Settlement of Disputes by the Security Council.* The International Law Quarterly, vol. 2, 1948, p. 173-213 (traduit en espagnol).

- Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations.* The American Journal of International Law, vol. 42, 1948, p. 783-796 (traduit en espagnol).
- Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements.* University of Pittsburgh Law Review, vol. 10, 1949, p. 284-294.
- The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science.* The Western Political Quarterly, vol. 2, 1949, p. 481-513 (traduit en espagnol).
- Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law.* The Jewish Yearbook of International Law, 1949, p. 226-239.
- The Draft Declaration on Rights and Duties of States.* The American Journal of International Law, vol. 44, 1950, p. 259-276.
- Is the Acheson Plan Constitutional ?* The Western Political Quarterly, vol. 3, 1950, p. 512-527.
- Causality and Imputation.* Ethics, An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy, vol. 61, 1950, p. 1-11 (traduit en italien).
- El derecho como objeto de la ciencia del derecho.* Revista de la Facultad de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1950, p. 7-38.
- The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations.* The Yearbook of World Affairs, vol. 4, 1950, p. 174-190.
- Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations ?* University of Kansas City Law Review, vol. 19, 1950/1951, p. 1-15 (traduit en allemand).
- Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement ?* The American Journal of International Law, vol. 45, 1951, p. 162-166.
- Recent Trends in the Law of the United Nations.* Social Research, vol. 18, 1951, p. 135-151 (traduit en espagnol ; traduction française ci-dessous).
- Tendances récentes du droit des Nations Unies.* Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle, nouvelle série, vol. 1, 1951, p. 34-44.

- Science and Politics.* The American Political Science Review, vol. 45, 1951, p. 641-661.
- What Happened to the Security Council ?* The New Leader, August 27, 1951, p. 10-12, 31.
- Was ist ein Rechtsakt ?* Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 4, 1952, p. 263-274.
- Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf : Carlos Cossio, Egologische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien* Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 5, 1953, p. 449-482.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Préface de l'auteur	7
Note du traducteur	9
Préface de l'édition allemande de 1934	11
 CHAPITRE PREMIER — <i>Le droit et la nature.</i>	
1. Qu'est-ce qu'une théorie « pure » du droit ?	17
2. Sciences de la nature et sciences sociales — causalité et imputation	18
a) La nature et la société	18
b) L'imputation dans la pensée juridique	19
c) L'imputation dans la pensée primitive	21
d) L'animisme, interprétation sociale de la nature	22
e) Sciences causales et sciences normatives	25
f) Lois causales et lois normatives	26
g) Causalité et imputation	27
h) Imputation et liberté	28
i) Application des normes sociales à des faits autres que des comportements humains	31
j) Normes catégoriques	32
3. Objet de la science du droit	33
a) La validité d'une norme	33
b) L'acte et sa signification	35
c) Le droit est un système de normes	40
d) Norme juridique et règle de droit	42
e) La règle de droit est une loi sociale	45
f) Droit positif et droit naturel	46
 CHAPITRE II — <i>Le droit et la morale.</i>	
1. Le droit et la justice	49
2. Science du droit et idéologie	55

CHAPITRE III — *Définition du droit.*

1. Le positivisme juridique du dix-neuvième siècle	57
2. La catégorie du devoir	58
a) Le devoir considéré comme idée transcendante	58
b) Le devoir considéré comme catégorie de la logique transcendante	59
c) Retour au droit naturel et à la métaphysique	60
3. Le droit est un ordre de contrainte	61
a) La sanction	61
b) Le droit est une technique sociale	63
c) Le droit s'attribue le monopole de la force	64
d) Éléments juridiquement indifférents contenus dans des normes juridiques	65
4. Norme primaire et norme secondaire	66

CHAPITRE IV — *L'obligation juridique.*

1. Obligation juridique et obligation morale	69
2. Peut-on concevoir une obligation juridique sans sanction ?	70
3. Obligation et imputation	72

CHAPITRE V — *Le fait illicite.*

1. Le fait illicite est-il la négation du droit ?	75
2. Le fait illicite est-il la conduite de l'individu contre lequel la sanction est dirigée ?	76

CHAPITRE VI — *La responsabilité juridique.*

1. Responsabilité individuelle et responsabilité collective	78
2. Responsabilité et obligation	79

CHAPITRE VII — *Science du droit et sociologie juridique.*

1. Négation du caractère normatif du droit	81
2. La sociologie juridique	82

CHAPITRE VIII — *Le dualisme dans la théorie du droit et son élimination.*

1. Droit naturel et droit positif	85
a) L'erreur logique de la doctrine du droit naturel	85
b) Les contradictions de la doctrine du droit naturel	89
c) Les résultats contradictoires de la doctrine du droit naturel	91
2. Droit objectif et droit subjectif	94
a) La notion de droit subjectif	95
b) La notion de sujet de droit ou de personne	96
c) Fonction idéologique des notions de droit subjectif et de sujet de droit	97
d) La notion de rapport juridique	99
3. Réduction du droit subjectif au droit objectif	101
a) L'obligation juridique	101
b) Le droit subjectif	102
4. La notion de personne	104
a) La personne « physique »	105
b) La personne « juridique »	106
c) L'imputation d'un acte à une personne juridique	108
d) La responsabilité de la personne juridique	109
5. Caractère objectiviste et universaliste de la Théorie pure du droit	111

CHAPITRE IX — *La structure hiérarchique de l'ordre juridique.*

1. Quand des normes forment-elles un ordre ?	113
2. Un ordre juridique est un système dynamique de normes	114
3. La norme fondamentale	116
4. La norme fondamentale d'un ordre juridique national	117
a) Son contenu	117
b) Validité et efficacité d'un ordre juridique — le droit et la force	119
c) La norme fondamentale d'un droit national est une norme du droit international	120
d) Validité et efficacité d'une norme juridique particulière	121

5. La structure hiérarchique d'un ordre juridique national	122
a) La constitution	122
b) La législation et la notion de source du droit	124
c) La juridiction	126
d) Juridiction et administration	127
e) L'acte juridique de droit privé et l'exécution	128
f) Création et application du droit	128
g) Place du droit international dans la hiérarchie	129
h) Conflits entre normes appartenant à des degrés différents	129

CHAPITRE X — *L'interprétation.*

1. Raison d'être et objet de l'interprétation	135
2. Détermination partielle de la norme inférieure par la norme supérieure	135
3. La norme est un cadre ouvert à plusieurs possibilités	137
4. Les méthodes d'interprétation	138
5. L'interprétation est-elle un acte de connaissance ou de volonté?	140
6. L'illusoire sécurité juridique	141
7. Le problème des lacunes	142
a) Les lacunes logiques	142
b) Les lacunes techniques	144
c) Les lacunes admises par le législateur	145

CHAPITRE XI — *Les modes de création du droit.*

1. Formation du droit et forme de l'État	148
2. Droit public et droit privé	149
3. Fonction idéologique du dualisme du droit public et du droit privé	150

CHAPITRE XII — *Le droit et l'État.*

1. Le dualisme traditionnel du droit et de l'État	154
2. Identité du droit et de l'État	155
a) L'État est un ordre juridique	155
b) L'État est un point d'imputation	157
c) L'État considéré comme un ensemble d'organes	158

d) La théorie de l'État est une partie de la théorie du droit	160
e) Puissance de l'État et efficacité de l'ordre juridique	161
f) Impossibilité de légitimer l'État par le droit	162

CHAPITRE XIII — *Le droit international.*

1. La structure hiérarchique et la norme fondamentale du droit international	164
2. Caractère primitif du droit international	165
3. Le droit international s'applique aux individus de façon médiate	166
4. Notion d'un ordre juridique universel	168
a) Toute science postule l'unité de son objet	168
b) Rapports possibles entre deux systèmes de normes	169
c) Monisme ou dualisme	170
d) Primauté d'un ordre juridique national	171
e) Primauté du droit international	174
f) Peut-il y avoir des contradictions logiques entre le droit international et le droit national?	176
g) Le droit international délimite les domaines de validité du droit national	178
h) L'État considéré comme un organe du droit international	181
i) La Théorie pure du droit et le développement du droit international	183

Hans Kelsen, Note sur sa carrière et liste de ses publications	185
--	-----