

Massimo La Torre

## **Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit de Hart***

---

### **Warning**

The contents of this site is subject to the French law on intellectual property and is the exclusive property of the publisher.

The works on this site can be accessed and reproduced on paper or digital media, provided that they are strictly used for personal, scientific or educational purposes excluding any commercial exploitation. Reproduction must necessarily mention the editor, the journal name, the author and the document reference.

Any other reproduction is strictly forbidden without permission of the publisher, except in cases provided by legislation in force in France.

**revues.org**

Revues.org is a platform for journals in the humanities and social sciences run by the CLEO, Centre for open electronic publishing (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

---

### Electronic reference

Massimo La Torre, « Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit de Hart* », *Revus* [Online], 21 | 2013, Online since 21 February 2014, connection on 03 March 2014. URL : <http://revus.revues.org/2728> ; DOI : 10.4000/revus.2728

Publisher: Klub Revus – Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije

<http://revus.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document available online on: <http://revus.revues.org/2728>

This document is a facsimile of the print edition.

All rights reserved

Massimo La Torre\*

## Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart

Le droit est traditionnellement lié à la pratique du commandement et de la hiérarchie. Il semble qu'une règle juridique établisse une immédiate relation entre une norme supérieure et une norme inférieure. La conception hiérarchique et impérative peut néanmoins être remise en cause dès lors que la phénoménologie de la règle juridique est appréhendée d'un point de vue interne, celui de ceux que l'on peut considérer comme les « utilisateurs » de la règle plutôt que ceux qui la subissent. Une approche tournée vers la pratique pourrait, de cette façon, conduire à une théorie du droit plus ouverte et, d'une certaine façon, moins idéologique ou sectaire. C'est – comme le défend cet article – le programme ou mieux la promesse que l'on trouve dans l'ouvrage principal de Hart, le *Concept de droit*. Cet article tente de rendre cette promesse plus transparente sans toutefois dissimuler les difficultés de sa stratégie narrative et argumentative.

**Mots-clés :** droit international, règles de droit, règle de reconnaissance, impérativisme, normativisme, réalisme, point de vue interne

Concevoir le droit selon un modèle hiérarchique signifie d'abord mettre au centre de l'expérience juridique le fait de commander, c'est-à-dire le pouvoir d'un supérieur sur un inférieur. Il y a une seconde possibilité : celle qui voit le droit comme l'expression d'une fracture sociale entre une classe investie de l'autorité de faire et de dire le droit et une classe dont la vocation est bien plus humble et est seulement d'obéir ou d'être le destinataire du droit ainsi créé. Enfin, une dernière possibilité est de concevoir le droit comme une structure de plusieurs niveaux, de plusieurs entités, généralement des *règles*, hiérarchiquement organisées, de sorte qu'un niveau tire sa raison d'être ou sa légitimité ou sa validité d'un niveau supérieur. Ces trois possibilités ne sont pas toujours présentes au sein d'une seule théorie, bien qu'elles ne soient pas incompatibles entre elles.

Dans ce papier, je souhaite m'attaquer à la question du modèle hiérarchique dans le droit en partant de la philosophie juridique de H.L.A. Hart. Hart – nul ne l'a oublié – a été et demeure l'un des théoriciens du droit les plus influents de notre temps et ses conceptions ont imprégné de nombreuses doctrines actuelles de la pratique et du raisonnement juridique. Mon exposé consistera en

---

\* mlatorre@unicz.it | Professeur de philosophie du droit, Université «Magna Graecia» de Catanzaro (Italie).

une présentation et une discussion centrées sur le concept de droit de Hart et les relations qu'il entretient avec le modèle hiérarchique. Je le conçois également comme une appréciation critique plus générale de la fécondité d'une telle approche particulièrement en droit international.

Cependant, avant d'aller plus loin, il faut garder deux points à l'esprit, afin de comprendre le sens et la pertinence d'un débat sur le concept de droit qui est la fonction spécifique de la théorie du droit et de la philosophie juridique. Une discussion relative au concept de droit n'est pas qu'une question de théorie ou une dissertation purement philosophique dépourvue d'effets pratiques. Le droit n'est pas un objet empirique, une chose physique ou naturelle. C'est plutôt une pratique humaine régie et rendue possible par des normes, des principes, des valeurs, des attitudes, des idées. Bref, le droit est *ce qu'on croit qu'il est et ce qu'on pratique en tant que droit*.

Cela signifie que le droit est un concept ou, mieux, *le droit est le concept de droit que nous adoptons et suivons dans nos comportements*. Dès lors, ce que nous acceptons comme le concept de droit a un impact important et même déterminant sur le droit « brut », le droit en action, en pratique. Puisque le droit est strictement, logiquement, lié à notre concept de droit, au concept de droit de la société, le droit lui-même est affaire de discussion et de controverses. Mais la discussion et la controverse sur le droit et ses objets sont précisément du domaine de la théorie du droit et de la philosophie juridique. L'adoption de l'un ou de l'autre concept de droit a une répercussion immédiate sur les faits du droit.

L'autre point que je voudrais préalablement mettre en évidence est le suivant. Le droit est un concept ambigu et une pratique ambiguë. Il est imprégné d'ambiguïté. Il est d'un côté lié à la violence, la force, l'autorité, le pouvoir, l'effectivité, la facticité, l'efficacité, la hiérarchie. De l'autre, cependant, il est fortement lié à la justice et à la morale, c'est-à-dire d'une certaine manière à l'autonomie. On rencontre parfois le droit, on l'affronte sous la forme d'une peine, une prison, un échafaud, une chaise électrique : là, le droit se confond alors vraiment avec la l'exercice de la contrainte et de la violence.

Mais le droit n'est pas seulement contrainte et violence. Il y a, dans le droit, une prétention à l'exactitude et à la justice. Le droit est là non pas seulement dans son droit et en son nom mais – pourrait-on dire – au nom d'une organisation équitable des relations humaines et sociales. Il y a – pour ainsi dire – un élément utopique dans le droit, un état idéal de pratiques sociales, qui lui donne son sens et sa justification. Le droit dans ces conditions n'est pas seulement la force mais plutôt la force légitime. Il est fondé sur la légitimité et a besoin d'efficacité malgré tout.

Dès lors, l'histoire du concept et de la pratique du droit est celle des voies empruntées, des stratégies mises en œuvre pour s'arranger de ces ambiguïtés et de ces tensions, l'histoire aussi de leur résolution. Par exemple, si on pense

à l'image ordinaire qu'ont les gens des avocats, on se trouve confronté une fois de plus à cette ambiguïté, à cette duplicité. D'un côté, un avocat est vu comme un pinailleur, un margoulin qui cherche par tous les moyens à vider les poches de ses clients, quelqu'un dont le seul but est de rendre obscures les interprétations du droit, de les tordre dans son intérêt personnel ou dans le meilleur des cas dans celui de son client. C'est le genre d'avocats qui inspirent à Shakespeare l'exclamation « Tuons tous les avocats » dans *Henry VI*, Acte II. Pour illustrer ce point, permettez-moi de lire un extrait du livre de Mary Wollstonecraft,<sup>1</sup> *Un court séjour en Suède, Norvège et Danemark* :

Ma tête tournait, j'avais la nausée à mesure que je considérais les figures déformées par le vice et écoutais les comptes-rendus de ces chicaneries qui embrouillaient sans cesse le profane. Ces sangsues disparaîtront probablement à mesure que le peuple s'éclairera /.../ La pratique du droit rend une poignée d'hommes encore plus rusés et plus égoïstes que le reste des individus ; et ce sont ces hommes, dont les esprits ont été aiguisés par la friponnerie, qui sapent ici la moralité, confondant le bien et le mal.

Mais l'avocat n'est pas seulement le pinailleur au visage déformé par le vice dont parle Mary Wollstonecraft, il est aussi le champion des droits de l'homme, le défenseur de celui injustement accusé. Les monarchies absolutistes, les États dictatoriaux ou totalitaires méprisent profondément les avocats et les juristes qu'ils considèrent souvent comme des facteurs de subversion. D'autres, au contraire, voient les avocats comme tenant un rôle éthique spécifique. Écoutons ce qu'un grand philosophe du droit, l'Américain Lon Fuller pense de la profession d'avocat :

la meilleure définition que j'aie jamais entendu d'un avocat est celle que me donna la fille d'un de mes amis. L'enfant d'un voisin lui avait demandé ce que faisait son père. Elle lui répondit :

- Il est avocat.
- Qu'est-ce qu'un avocat ?
- Un avocat est un homme qui aide les gens.<sup>2</sup>

Selon Fuller, l'activité de l'avocat n'est pas purement utilitaire, elle n'est pas nécessairement ou conceptuellement tournée vers la réussite et les intérêts de ses clients. Elle est plutôt tournée vers la bonne administration de la justice :

<sup>1</sup> Mary Wollstonecraft (1759–1797), autodidacte liée à William Godwin et Thomas Paine, fut un auteur engagé dans les grands combats de son époque et l'une des pionnières du féminisme par sa *Défense des Droits de la femme* (1792). La Révolution française fut d'abord pour elle la consécration de la raison et le triomphe des droits de l'homme. Cet enthousiasme, rare en Angleterre, se traduisit par la publication entre 1790 et 1798 d'une série de textes de défense de la Révolution, notamment en réponse aux attaques de Burke. Son traité le plus ambitieux, *Vision historique et morale de l'origine et des progrès de la Révolution en France et des effets qu'elle a produits en Europe* (1794), propose de concilier idéaux et réalité en retraçant, en historienne, les débuts de la Révolution française. (NdT)

<sup>2</sup> Winston (2001 : 275–276)

En défendant des affaires devant les tribunaux, l'avocat verra son travail, non comme relevant de la seule persuasion ou de la manipulation facile de la doctrine juridique, mais comme l'un de ceux visant à convaincre le tribunal que c'est la compréhension pleine et entière d'une affaire qui seule pourra lui permettre de prendre une décision sage et conséquente.<sup>3</sup>

Les deux visions opposées quant à ce qu'est réellement un avocat sont fondées sur des conceptions opposées du concept de droit. Pour l'une, le droit est une chose principalement destinée à « l'homme mauvais » ; pour l'autre, le droit s'adresse à « l'homme inquiet » pour parler comme Hart, un être qui se demande « que dois-je faire ? » et cherche les critères d'une bonne conduite.

Un autre domaine dans lequel l'ambiguïté du droit et sa tension intrinsèque se rencontrent pleinement et de façon spectaculaire est celui des relations internationales, c'est-à-dire du droit international. Existe-t-il un droit international réellement obligatoire pour ses sujets, les États, et susceptible de s'imposer au droit national ? John Bolton, par exemple, sous-secrétaire d'État dans l'administration Bush, conteste l'existence d'un tel droit tandis que Kofi Annan semble défendre la thèse inverse. Mais quelle qu'elle soit, la thèse adoptée dépend de la théorie du droit à laquelle on adhère et de l'idée qu'on se fait du droit.

Notons, si vous le voulez bien, que le problème qu'on rencontre avec le droit international se retrouve en droit constitutionnel sous la forme suivante : « Existe-t-il un droit constitutionnel susceptible de lier le gouvernement et l'administration ? », ce qui est une question particulièrement épineuse lorsqu'on conçoit le droit comme une hiérarchie de commandements en chaîne. Encore une fois, notre réponse à une telle question dépendra de notre conception de droit et de notre position théorique.

Revenons maintenant à Hart, dont la doctrine est aujourd'hui mon principal sujet d'intérêt. Afin de mieux comprendre l'entreprise théorique de Hart, elle doit être conçue – me semble-t-il – comme une réaction ou une réponse aux quatre grandes doctrines relatives au concept de droit. Ces dernières sont : (i) l'impérativisme ; (ii) le réalisme ; (iii) le formalisme (fort bien incarné par la théorie prétendument « pure » du droit de Kelsen) ; (iv) le jusnaturalisme.

(i) *L'impérativisme* est une conception selon laquelle le droit est un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction, d'un mal quelconque, et qui émane d'une autorité politique supérieure détentrice de la pleine souveraineté. Vous vous souvenez peut-être que c'est la doctrine défendue par Jeremy Bentham et John Austin et par toute la tradition de ce que l'on a coutume d'appeler la « théorie analytique » du droit britannique. Dans une telle perspective, la pratique du droit est appréhendée en termes radicalement hiérarchiques mais non comme une hiérarchie de règles. En fait, l'impérativisme se heurte à de nombreux problèmes dès lors qu'il admet la catégorie des règles comme

<sup>3</sup> Winston (2001 : 313)

quelque chose de distinct de la prescription concrète des autorités (supérieures) et des habitudes des sujets (inférieurs).

(ii) Le *réalisme* est un composé complexe de doctrines diverses. Il y a au moins, comme l'on sait, un réalisme américain et un autre scandinave, les deux défendant des conceptions différentes. Cependant, Hart entend répondre au défi tel qu'il est posé principalement par les réalistes américains, bien que sa présentation et son interprétation de l'obligation juridique en termes non pas de sentiments de contrainte mais seulement d'application d'une règle soit probablement dirigée contre les écrits de Hägerstrom et Olivecrona.

Comme l'on sait, la thèse fondamentale défendue par la branche américaine du réalisme est la suivante. Le droit n'est rien d'autre qu'une prédiction sur la conduite future des juges. Le droit ne consiste pas en des règles mais plutôt en des décisions de justice ou, en d'autres termes, le droit est ce que font les juges. Le droit n'est pas dans les livres mais dans l'action. Selon cette conception, la pratique juridique s'articule autour de la figure du juge et, en un sens, elle s'avère n'être pas une expérience aussi intrinsèquement hiérarchique puisque le juge est vu ici comme une structure sociale diffuse et en quelque sorte informelle. En aucun cas, toutefois, on ne pourrait parler du droit comme d'une hiérarchie de règles en termes logiques, puisque c'est la vie, l'action et non la logique ou les formalités qui régissent la pratique juridique. Il peut bien y avoir une hiérarchie de règles dans les livres, cependant, de telles formalisations ne servent à rien une fois que l'on est devant le juge.

(iii) Le *formalisme juridique* affirme que le droit est un ensemble de règles. Les règles sont ici vues comme des entités sémantiques, des propositions, des *Urteile*, comme Kelsen les appelle en allemand, suivant la terminologie kantienne. Selon Kelsen, comme l'on sait, une règle a la forme d'un jugement hypothétique « si A, alors B » où A est la conduite contraire à celle promue et désirée et B est la prescription d'une sanction. Selon Kelsen, en outre, les règles sont structurées selon un ordre hiérarchique. Le droit est pour lui une sorte de pyramide comportant différents niveaux, chaque norme occupant un niveau différent et dans laquelle les normes se trouvant au niveau le plus bas tirent leur validité des normes se trouvant au niveau le plus haut. Au sommet de la pyramide il y a une règle spéciale, la *Grundnorm* en allemand, une règle fondatrice, qui est la norme fondamentale donnant sa validité à la totalité du système. Nous connaissons tous bien cette doctrine.

Le principal problème que rencontre Kelsen est d'éviter le sophisme de la régression à l'infini qui est un risque fréquent pour le formalisme juridique. Le formalisme juridique, variante du positivisme, admet deux sortes de normes : (a) celles qui ordonnent, interdisent, permettent une conduite ; et (b) celles qui prescrivent une sanction au cas où la première norme n'est pas suivie. Dans une telle conception, toutefois, le caractère juridique des normes dérive de la pres-

cription d'une sanction. Mais si c'est le cas, une norme ordonnant une sanction nécessite, pour être juridique, d'être fondée sur une autre norme prescrivant une sanction, et cette dernière ne sera à son tour juridique que s'il existe une nouvelle norme servant de fondement à la première à travers la sanction, et cela à l'infini. Afin d'éviter cette régression à l'infini, Kelsen conçoit la norme comme constituée de deux parties : l'une qui décrit hypothétiquement un état de choses, l'autre qui est la prescription d'une sanction. Il n'y a alors plus deux normes : l'une prescrivant une conduite, l'autre ordonnant une sanction, mais il n'y en a plus qu'une, celle qui prescrit une sanction pour les cas où intervient un certain état de fait. Pour Kelsen, donc, la validité juridique n'est pas le résultat d'une norme prescrivant une sanction mais d'une norme donnée à un niveau hiérarchique plus haut dans la structure pyramidale.

Toutefois, ici encore, il y a un risque de régression à l'infini puisqu'il faut chercher une norme toujours plus haute, une norme supérieure à celle qu'on tient pour juridiquement valide. C'est la raison pour laquelle, selon Kelsen, la *Grundnorm*, la norme fondamentale, n'est pas une vraie norme positive. La *Grundnorm* est plutôt un présupposé épistémologique, un présupposé logico-transcendant en termes kantien, dont le but est de permettre aux juristes de concevoir les règles positives comme juridiquement valides. Tout cela est bien connu, et c'est le modèle typique auquel on pense quand on lie l'idée de droit à celle de hiérarchie de normes.

(iv) Enfin, le *jusnaturalisme* constitue le quatrième grand courant de la théorie du droit. Le jusnaturalisme a une très longue histoire et a été, si l'on peut dire, mis à toutes les sauces. On peut cependant trouver un plus petit dénominateur commun. Selon les théories du jusnaturalisme, la validité juridique d'une règle dépend principalement de son contenu substantiel et de sa conformité à la morale, et cette moralité peut être découverte par un acte de connaissance. Autrement dit, pour le jusnaturalisme, le « devoir être » du droit peut et doit être inféré de l'« être » d'un monde moral ou d'une substance ou d'un principe auquel la connaissance humaine peut accéder. Cela signifie que le jusnaturalisme (a) ou bien coïncide avec – ou équivaut à – la morale (b) ou bien est intimement lié à la morale d'un point de vue conceptuel. Droit et morale ne sont pas deux domaines distincts. Ils sont intrinsèquement liés. Une telle conception est généralement peu intéressée par la question de savoir ce que le droit « est » mais davantage par celle de savoir ce que le droit « doit être ». Ou, autrement dit, le jusnaturalisme est par-dessus tout une théorie de la justification du droit généralement fort peu soucieuse de fournir une ontologie du droit. Son obsession est que le droit soit appliqué conformément à des exigences morales substantielles ; savoir ce qu'est la structure ou l'institution juridique, ou encore savoir comment cette structure s'articule apparaît aux yeux des jusnaturalistes ne constituer qu'un problème contingent et susceptible de trouver des solutions

différentes et variées. Cependant, traditionnellement, le jusnaturalisme est lié à l'impérativisme, dans la mesure où, en même temps que le jusnaturalisme fixe le critère substantiel supérieur pour le contenu des règles, ces mêmes règles sont très souvent pensées comme le commandement émanant d'un souverain obligé de suivre les prescriptions du droit naturel. On peut donc conclure de façon plausible que le jusnaturalisme défend une conception hiérarchique du droit dans la mesure où l'élément fondamental de la pratique juridique est le commandement et où, à la fois, le droit est ordonné hiérarchiquement de sorte que le droit positif se trouve dans une position inférieure et est subordonné au droit naturel.

Herbert Hart, quant à lui, conteste ces quatre doctrines. (i) Contre l'impérativisme, celui de la théorie analytique du droit de John Austin, c'est-à-dire la théorie qui voit le droit comme un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction et émanant d'une autorité politique supérieure, il formule quatre objections principales. (a) « Il est certain, écrit-il, que toutes les règles de droit n'ordonnent pas aux gens de faire ou de ne pas faire quelque chose ». <sup>4</sup> Il existe par exemple des lois qui confèrent aux simples particuliers le pouvoir de faire des testaments, de conclure des contrats ou des mariages, qui leur offrent des facilités. (b) « Il est certain – et c'est la seconde objection – que toutes les règles de droit ne font pas l'objet d'un acte de promulgation et qu'elles ne sont pas toutes l'expression de la volonté de quelqu'un » comme le sont les ordres généraux [dont se compose le modèle d'Austin]. <sup>5</sup> La coutume, par exemple, bien qu'occupant une place modeste dans les systèmes juridiques les plus modernes, ne peut pas être conçue comme un commandement. Un commandement est imputable à une personne, la coutume ne l'est pas ; un commandement est un acte intentionnel, la coutume ne l'est pas. Un commandement est une action délibérée, voulue ; une coutume n'est pas un acte voulu : c'est plutôt un acte subi. (c) « Il est certain que – c'est la troisième objection – même quand elles consistent en des lois ayant fait l'objet d'une délibération, les règles de droit ne constituent pas nécessairement des ordres exclusivement adressés à autrui ». <sup>6</sup> Par exemple, « l'acte de légiférer /.../ peut parfaitement bien posséder cette force d'obliger ses auteurs. Il n'y a, en l'activité du législateur, rien qui essentiellement ne concerne qu'autrui ». <sup>7</sup> Il y a une étroite analogie entre une promesse – par laquelle nous nous obligeons nous-mêmes à adopter un certain comportement – et une disposition législative – qui s'applique généralement à tous les citoyens (législateurs inclus). (d) « Enfin – quatrième objection – les lois doivent-elles, pour être des règles de droit, exprimer réellement les véritables désirs, intentions ou

<sup>4</sup> Hart (2005 : 45).

<sup>5</sup> Hart (2005 : 45).

<sup>6</sup> Hart (2005 : 45).

<sup>7</sup> Hart (2005 : 61).

souhaits d'un législateur ? ». Dès l'instant que toute législation, par exemple, émane de corps collectifs complexes, doit-on reconnaître à chaque corps la capacité d'exprimer des émotions, des désirs et des intentions ? « un acte législatif régulièrement adopté ne constituerait-il pas du droit si /.../ ceux qui l'ont voté n'en connaissaient pas la signification ? ».<sup>8</sup>

Jusqu'à maintenant, j'ai dit que le concept de droit de Hart pouvait être compris comme une réaction aux quatre grandes théories du droit : l'impérativisme, le formalisme, le réalisme et le jusnaturalisme. J'ai aussi expliqué en quoi consistaient ces quatre doctrines et quelles relations elles entretiennent avec le modèle hiérarchique de la pratique juridique. Et j'ai également présenté la ligne d'attaque de Hart contre l'impérativisme qu'il développe à l'aide de quatre objections.

Je souhaite désormais continuer en illustrant la réponse que Hart adresse aux trois autres doctrine, le formalisme, le réalisme et le jusnaturalisme. Pour cela, je souhaite présenter les principes de la philosophie du droit de Hart que je tiens pour essentiels. Ils sont, me semble-t-il, au nombre de six : (i) le *normativisme*, c'est-à-dire, le caractère central de la notion de norme ou de règle en droit ; (ii) le *caractère central du point de vue interne* au regard des règles et de la pratique juridique ; (iii) la *distinction entre les règles primaires et secondaires* et la priorité tant pratique que conceptuelle accordée aux secondes par rapport aux premières ; (iv) ce que l'on appelle la *thèse sociale* et la règle de reconnaissance ; (v) un *scepticisme modéré à l'égard des règles* du moins en ce qui concerne le raisonnement judiciaire ; (vi) une *méta-éthique non cognitiviste*.

(i) Permettez-moi d'expliquer ces termes l'un après l'autre. Commençons par « normativisme ». Pour comprendre ce terme, on doit se référer à un exemple que Hart donne au chapitre quatre du *Concept de droit*. Il y propose de reconstruire conceptuellement une société selon le modèle proposé par l'impérativisme. Imaginons une communauté dans laquelle un souverain adresse des ordres à la population et où la population a l'habitude d'obéir à ses ordres. Hart appelle ce souverain Rex.

Puis survient le jour funeste de la mort de Rex où lui succède Rex II. Ce dernier commence, comme son prédécesseur par adresser des ordres et à affirmer que ceux-ci constituent le droit de la communauté. Pourtant, le gouvernement de Rex II est trop récent pour qu'on puisse considérer qu'il y a, dans la société, une habitude d'obéir à ses commandements. Et puisqu'une telle habitude est la condition qu'exige l'impérativisme pour identifier une règle comme juridique, on devrait conclure que sous le règne de Rex II, ou du moins à ses débuts, il n'y a pas de droit. Or, une telle conclusion est difficilement défendable si l'on veut rendre compte du caractère permanent du droit.

<sup>8</sup> Hart (2005 : 45).

Si on devait abandonner l'idée que le droit est plus ou moins permanent, on le priverait d'une de ses principales fonctions, celle d'organiser et de stabiliser une société. Dès lors, le modèle impérativiste simple d'une société dirigée par Rex et qui serait hautement hiérarchisée est voué à l'échec. Pour expliquer la stabilité et la permanence du droit, on doit introduire un nouveau concept : celui de règle ou de norme. Ainsi, a-t-on besoin de fonder la stabilité du système juridique non pas tant sur les habitudes que sur les règles. Mais quelle est la différence entre une habitude d'un côté et une règle de l'autre ? Il y a au moins trois traits qui permettent de les distinguer.

(1) « En premier lieu, *pour que le groupe ait une habitude, il suffit que les comportements de ses membres convergent en fait*. Il n'est pas nécessaire que les déviations par rapport au comportement régulier fassent l'objet d'une forme quelconque de critique ».<sup>9</sup> Lorsque des règles existent en revanche, une déviation par rapport au comportement régulier *est considérée* comme une faute.

(2) « En deuxième lieu, lorsque de telles règles existent, toute déviation par rapport à la norme ne donne pas seulement lieu en fait à cette critique, mais elle est aussi considérée comme une *bonne raison* de développer cette critique ».<sup>10</sup> Les règles sont de bons arguments dans un discours de justification ; les habitudes sont de bons arguments dans un discours (causal) d'explication. Les règles sont de bonnes raisons pour l'action ; les habitudes sont des causes ou des motifs de conduite. Tandis qu'une raison permet une réflexion critique à l'égard d'une suite d'actions, une cause ou un motif ne le fait pas.

(3) Le troisième trait qui distingue les règles sociales des habitudes est /.../ un trait que nous appellerons l'*aspect interne* des règles. Lorsqu'une habitude est générale dans un groupe social, cette généralité n'est qu'un fait relatif au comportement observable de la plupart des membres de ce groupe. Afin qu'une telle habitude puisse s'établir, il n'est nullement nécessaire que les membres du groupe soient attentifs à la généralité du comportement, ni même qu'ils sachent que ce comportement est général, ni encore moins, qu'il s'efforcent de l'enseigner ou qu'ils cherchent à le maintenir. Il suffit que chacun agisse pour sa part de la manière dont les autres agissent également. Au contraire, pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains d'entre eux considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble.<sup>11</sup>

Les règles ont un aspect interne que l'on ne trouve pas dans les habitudes. Cet aspect interne, cependant, ne saurait être expliqué en termes de sentiments, et notamment de sentiments de contrainte (comme le font les réalistes scandinaves).

<sup>9</sup> Hart (2005 : 74). Mes italiques.

<sup>10</sup> Hart (2005 : 74). Italiques de Hart.

<sup>11</sup> Hart (2005 : 75).

Il n'y a aucune contradiction à dire que les gens acceptent certaines règles, mais n'éprouvent à leur sujet aucun sentiment de contrainte. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées.<sup>12</sup>

La notion de règles ou de norme, le normativisme donc, selon Hart, sert d'alternative conceptuelle à la fois aux commandements (impérativisme) et aux habitudes (réalisme). Les règles sont des alternatives aux commandements, afin d'expliquer le caractère général, impersonnel et auto-contrainant des règles de droit et des instruments juridiques. Les règles sont en outre une alternative aux habitudes afin d'expliquer la justification, l'attitude de réflexion critique et leur *aspect interne*.

(ii) Le second principe fondamental de la théorie de Hart après le « normativisme » est ce que l'on appelle le « point de vue interne ». Ce principe est lié à l'aspect interne des règles dont je viens de parler. Pour appréhender le droit et concevoir une conduite comme liée à une règle de droit, comme juridique, nous devons adopter un point de vue interne. Cela signifie que nous devons d'abord et avant tout considérer l'aspect interne de la règle. Une règle est d'une part la somme d'une régularité de conduites, une uniformité de comportements et, de l'autre, l'idée que cette conduite est obligatoire, qu'elle constitue un modèle de comportement. La différence entre une règle et une simple habitude tient seulement au fait qu'une simple habitude ne dépend que d'une uniformité de comportements et *rien d'autre*.

On peut, par exemple, admettre que de nombreux individus ont tendance à utiliser l'air conditionné lorsqu'ils conduisent une voiture dans la chaleur de l'été. Cela est d'une certaine façon une régularité, une simple habitude, mais non une règle. Si je conduisais sous la chaleur sans pourtant utiliser une voiture équipée de l'air conditionné, je serais peut-être considéré comme un excentrique inoffensif ou, qui sait, avare. Mais nul n'oserait m'accuser de commettre une faute ou d'agir de manière préjudiciable. Dans une telle situation, je risque d'être critiqué pour mon imprudence, ou parce que je n'agis pas ou ne vis pas d'une façon confortable, mais non parce que je suis injuste ou en tort ou parce que je viole une règle. En réalité, c'est la possibilité même de la dernière critique, celle de violer une règle, qui manifeste la présence d'une règle (juridique).

Le point de vue juridique, dans ces conditions, ne saurait se référer aux seules régularités – telles celles recommandées par les réalistes qui interprètent le droit comme une prédiction de comportements – ou à un simple fait indépendant de toute règle tel qu'un pur acte de décision. Le point de vue juridique a besoin de porter son attention sur l'aspect interne, il a besoin de reconnaître l'existence

<sup>12</sup> Hart (2005 : 76).

d'attitudes critiques quant aux formes de comportements afin de se donner les moyens d'identifier un élément constitutif d'une conduite normative, juridique. Cette approche est appelée par Hart le « point de vue interne » et grâce à elle, Hart attaque et parvient à battre l'école de théorie réaliste du droit, quelles qu'en soient ses variantes.

(iii) Après le normativisme et le point de vue interne, le troisième principe fondamental de la théorie juridique de Hart est la *distinction entre les règles primaires et secondaires*. Lorsqu'on a examiné la critique de Hart à l'égard de l'impérativisme, on a vu qu'il soulignait et mettait en évidence la diversité des règles de droit. Ainsi, tandis que l'impérativisme suit une stratégie réductionniste, en tentant d'enfermer la grande variété des règles dans une forme unique – un commandement ou un ordre assorti d'une sanction et renforcé par une habitude d'obéissance – l'approche de Hart est ouverte à la diversité dans le domaine juridique.

On a vu qu'il souligne, par exemple, l'existence et la pertinence des règles qui n'ordonnent rien mais permettent aux citoyens de jouir de certaines facilités ou habilite ces derniers à exercer certains pouvoirs ou certaines compétences. Hart met particulièrement en évidence deux types fondamentaux de règles : (a) les règles qui prescrivent une certaine conduite, (b) les règles qui confèrent des pouvoirs (tant aux autorités qu'aux individus ordinaires). Selon Hart, toute tentative visant à voir les règles qui confèrent des pouvoirs comme des parties ou des fragments de règles qui prescrivent une conduite finit par déformer l'image du droit et de ses fonctions. La théorie qui propose de considérer les règles d'habilitation comme des parties ou des fragments de règles qui prescrivent une conduite est celle défendue par Kelsen – le principal représentant du formalisme juridique.

[Les] expédients, tels que le fait de traiter les règles d'habilitation comme étant de simples parties de règles imposant des obligations, ou de traiter toute règle comme s'adressant exclusivement aux autorités, déforment la façon dont on parle, dont on considère et dont on fait réellement usage de ces règles dans la vie sociale. Cette conception - ajoute Hart - ne faisait pas valoir de meilleurs titres à être admise que la théorie selon laquelle toutes les règles d'un jeu seraient "en réalité" des directives adressées à l'arbitre ou au marqueur.<sup>13</sup>

Hart appelle les règles qui imposent des obligations des « règles primaires » et celles qui confèrent des pouvoirs les « règles secondaires ». Seuls les systèmes juridiques primitifs les plus simples peuvent fonctionner uniquement à l'aide des règles primaires. Dès que l'on introduit des expédients pour résoudre des litiges ou pour introduire de nouvelles règles dans le système juridique, on ne peut utiliser de tels expédients qu'à la condition d'assumer la validité des règles qui confèrent le pouvoir de faire des règles et de les appliquer. De là, Hart consi-

<sup>13</sup> Hart (2005 : 100).

dère qu'il y a trois grandes catégories de règles secondaires : (i) les règles de « décision » (*adjudication*); (ii) des règles de changement ; (iii) des règles de reconnaissance. (i) Les règles de « décision » confèrent aux juges le pouvoir d'appliquer la loi et des résoudre des litiges. (ii) Les règles de changement confèrent aux citoyens et aux autorités le pouvoir de modifier l'état du droit positif en introduisant de nouvelles règles, de nouvelles lois. Elles confèrent donc des pouvoirs législatifs. (iii) Un cas à part est celui de la règle de reconnaissance. Elle joue un rôle comparable à celui de la *Grundnorm* que Kelsen place au sommet de la pyramide représentant le système juridique.

Grâce à cette règle de reconnaissance, nous sommes en mesure d'identifier les règles qui appartiennent à un ordre juridique particulier et pouvons ainsi leur reconnaître une pleine validité. C'est en ce sens qu'on peut dire que la règle de reconnaissance joue le même rôle que la *Grundnorm* de Kelsen. Il y a cependant deux différences majeures au regard du formalisme de Kelsen :

(a) la règle de reconnaissance ne place pas nécessairement les règles qu'elle permet d'identifier dans un ordre hiérarchique. Bien sûr, la règle de reconnaissance est épistémologiquement antérieure aux règles qu'elle permet d'identifier : pour autant, ces règles ne se déploient pas selon une hiérarchie telle que l'une tire sa validité de l'autre. Il est possible que certaines règles, par exemple des lois ou des règlements, dérogent à d'autres, la coutume ou le *common law* par exemple. Cela ne signifie pas pour autant, selon Hart, que le *common law* tire son caractère juridique ou sa validité de la législation écrite. Cela étant, le *common law* étant dans le système juridique anglo-saxon le fondement des décisions de justice, on pourrait inférer d'une telle remarque que le pouvoir judiciaire n'a pas besoin, dans la conception que se fait Hart de la pratique juridique, d'être soumis aux règles générales résultant du droit écrit.

(b) L'autre différence avec la théorie « pure » du droit de Kelsen est que la règle de reconnaissance n'est pas une fiction ou un pur présupposé (logico-transcendantal). Elle est au contraire une règle réelle, positive, effective. Ce dernier point établit également une différence à l'égard de toute sorte de réalisme : la règle de reconnaissance est vraiment vue par Hart comme étant du « droit » et non pas une simple « source du droit » qui ne peut être transformée en droit que grâce à l'interprétation.

(iv) Nous en arrivons maintenant au quatrième principe fondamental de la théorie de Hart. C'est ce que l'on appelle la thèse sociale. La règle de reconnaissance selon lui est une pratique sociale, un fait social – ce n'est pas seulement une règle formelle (comme c'est le cas dans la doctrine de Kelsen). La validité de toute loi et autre source du droit est donc fondée sur la pratique, sur des faits sociaux. C'est également l'argument principal avec lequel Hart et ses successeurs, tel Joseph Raz, défendent le positivisme juridique. Avec la thèse sociale, le droit n'est pas considéré comme un phénomène idéal (comme le font les doctrines

jusnaturalistes) mais est perçu comme un fait éminemment empirique et positif. Les lois, les règles de droit notamment, tirent leur validité de cette source empirique élémentaire.

(v) L'autre idée, étroitement mêlée à cette thèse sociale, est celle selon laquelle le droit n'est pas conceptuellement lié à la morale. Comme on le sait, Hart défend une méta-éthique radicalement anti-cognitivistique. La méta-éthique – il est à peine besoin de le rappeler – concerne l'étude du statut logique et épistémologique des propositions éthiques et morales. Au sein de la méta-éthique, on distingue deux grands courants : le cognitivisme d'un côté, selon lequel les énoncés éthiques sont le produit de la connaissance, le produit d'une activité cognitive et peuvent donc être aussi objectifs que des énoncés empiriques. De sorte que les deux énoncés suivants : « Georges W. Bush est un Président américain » et « la guerre de Georges W. Bush contre l'Irak est injuste » ont le même statut épistémologique et plus ou moins la même prétention à l'objectivité. En définitive, le cognitivisme en méta-éthique tend à devenir un réalisme moral, une ontologie selon laquelle les entités morales existent bel et bien.

Contre le cognitivisme, l'anti-cognitivisme insiste sur la différence logique entre un énoncé de fait (« ils bombardent Bagdad ») et un énoncé de valeur (« ils ne devraient pas bombarder Bagdad »). Hart adopte – on l'a dit – une conception anti-cognitivistique radicale. Il explique (a) *primo* que les énoncés de fait sont profondément différents des énoncés de valeurs ; (b) *secundo* que nous ne pouvons pas logiquement dériver un énoncé de valeur d'un énoncé de fait. Ainsi, par exemple, du fait que quelque chose est, on ne peut pas dériver que cela doit être. De ce que les soldats américains torturent les prisonniers irakiens, on ne peut légitimement pas déduire qu'ils ont – ou que quiconque a – le droit de le faire.

Une telle attitude anti-cognitivistique est considérée comme une arme redoutable qui est d'ailleurs parvenue à terrasser le jusnaturalisme. Car en fait, le jusnaturalisme croit que les règles juridiques sont dérivables d'entités ou substances naturelles de sorte qu'il existerait une hiérarchie de règles gravée dans le marbre et que la règle première d'une telle hiérarchie devrait être exprimée sous la forme d'un énoncé sur le monde. Les hiérarchies de règles sont ici statiques ou, si vous préférez, prédéterminées et substantielles. L'anti-cognitivisme, au contraire, rend concevables des relations entre règles qui soient dynamiques et formelles.

J'ai jusqu'à maintenant confronté les quatre grandes doctrines de la théorie du droit à celle de Hart : l'impérativisme, le réalisme, la théorie pure de Kelsen, le jusnaturalisme. J'ai ensuite présenté les cinq principes fondamentaux de la doctrine de Hart : le normativisme, le point de vue interne, la distinction entre règles primaires et secondaires, la thèse sociale et l'anti-cognitivisme. Chaque principe est une arme destinée à renverser les positions théoriques que j'ai déjà

énumérées. Le normativisme vise à la fois l'impérativisme et le réalisme ; la distinction entre les règles primaires et secondaires est utilisée à la fois contre la théorie analytique d'Austin et le formalisme de Kelsen ; il en va de même de la thèse sociale qui vise particulièrement le formalisme tandis que l'anti-cognitivism méta-éthique est une attaque en règle contre le jusnaturalisme. Mais j'ai laissé de côté un cinquième principe fondamental chez Hart : le scepticisme à l'égard des règles.

Selon Hart, les règles ont une signification sémantique. Cette signification consiste dans un noyau dur où ce qui est signifié est clair, précis et sans ambiguïté. Si un cas correspond à ce noyau dur, la décision judiciaire trouvera dans la règle une réponse appropriée. Il existe cependant des cas difficiles (*hard cases*) où nous avons alors affaire à la signification périphérique de la règle. Il n'y a ici aucune détermination de la signification mais une pénombre, un flou, une ambiguïté. Si, par exemple, à l'entrée d'un jardin public on tombait devant un panneau portant « Véhicules interdits », il semblerait assez clair de dire qu'une telle règle interdit aux gens de conduire une voiture dans l'enceinte du jardin. Mais qu'en sera-t-il des bicyclettes, des fauteuils roulants qui sont, sans aucun doute, des véhicules ? Et que dire de l'installation dans le jardin d'un tank américain comme monument célébrant la libération de Bagdad en avril 2003 ?

Dans de tels cas, Hart explique que les règles ne sont plus à même de guider la décision du juge. Le pouvoir discrétionnaire de ce dernier prend le pas sur la règle formelle. Par là, Hart porte un coup considérable à la thèse formaliste qui tend à croire que les juges ne décident pas vraiment mais se bornent à appliquer les lois ; bien que le coup soit esquivé par la théorie pure de Kelsen qui défend au contraire l'idée que les juges disposent d'un pouvoir de création du droit en ce qui concerne du moins la solution du litige. De l'autre côté, Hart parvient à un compromis avec la thèse réaliste qui affirme que le pouvoir concret de création du droit se trouve dans les mains des juges et que ces derniers *décident* à chaque fois et pas seulement dans les cas difficiles. Cependant, en réintroduisant par la fenêtre le pouvoir de création des juges qu'il avait commencé à faire sortir par la porte, Hart doit faire face à une alternative délicate. Dans les cas difficiles, le droit n'est plus une question de règle primaire mais seulement de règles secondaires et plus particulièrement de règles de décision.

La règle de décision est une règle parasite comme le dit Hart lui-même ;<sup>14</sup> afin de donner corps au jugement elle renvoie à un autre genre de règles (plus substantielles). La pénombre selon Hart est un défaut propre aux règles primaires. Dans de tels cas, on y déroge par des règles secondaires. Ces dernières sont néanmoins vides tant que les questions de fait sont en cause. Or, comment le juge peut-il décider sans critère substantif ? Comment le parasite peut-il vivre sans l'objet dont il est le parasite ?

<sup>14</sup> Hart (2005 : 101).

L'alternative est alors celle-ci : ou bien on admet qu'il existe de forts critères moraux objectifs, mais on s'expose au travers du jusnaturalisme ; ou bien on admet que le juge peut décider arbitrairement, que « tel est son bon plaisir », mais on verse alors dans la version radicale du réalisme juridique. Dans les deux cas, la règle de reconnaissance, désormais réduite à la seule identification de l'organe judiciaire, ne pourra pas nous donner un principe de validité. Certains pourraient considérer que tant que le juge est habilité par la règle de reconnaissance, tout est pour le mieux. Cependant, même dans ce cas, on ne disposera pas d'un principe ou d'une règle de validité, puisqu'une telle règle devrait valoir également pour le juge (pour que ce soit vraiment un principe de validité, c'est-à-dire une prescription obligatoire pour ceux qui ont à l'utiliser). Une telle règle devrait être capable de guider la conduite des juges, c'est-à-dire de limiter ou de contraindre cette conduite. Mais une règle qui se borne à les habilitier à faire tout ce qu'ils veulent faire ne peut malheureusement pas jouer ce rôle de contrainte. De l'autre côté, comme Hart le reconnaît lui-même, « la distinction même entre l'incertitude d'une règle particulière et l'incertitude du critère utilisé pour l'identifier comme étant une règle du système, n'est pas claire dans tous les cas ».<sup>15</sup>

Commençons encore une fois avec les quatre grandes doctrines auxquelles Hart s'oppose : (i) l'impérativisme ; (ii) le réalisme ; (iii) le formalisme ; (iv) le jusnaturalisme. J'aimerais maintenant voir, d'abord, comment ces quatre doctrines se comportent – si l'on peut dire – à l'égard du droit international.

(i) L'impérativisme – on l'a déjà dit – voit le droit comme n'étant rien d'autre qu'un ensemble de commandements ou d'ordres assortis de menaces d'une sanction et dont l'auteur détient le pouvoir politique suprême, i.e., la souveraineté. Dans cette conception, le droit se caractérise par deux traits essentiels : il est fondé sur la force ; il est posé par un pouvoir souverain.

Appliquée au droit international, cette conception nous conduit nécessairement à des conclusions pessimistes puisqu'en droit international il semble n'y avoir ni sanction ni pouvoir souverain ; la conclusion qu'en tireraient les tenants de l'impérativisme est que le droit international n'existe pas. À cet égard, permettez-moi de citer quelques phrases de John Austin, le grand théoricien de la théorie analytique du droit :

le droit international, ou le droit qui a cours entre des nations, concerne la conduite des souverains entre eux. De là, il découle inévitablement que le droit qui s'applique entre nations n'est pas du droit positif : car tout droit positif est imposé par un souverain donné à une ou des personnes qui se trouvent dans un état de soumission à ce souverain. Comme je l'ai déjà laissé entendre, le droit qui a cours entre nations est (de manière impropre) du droit posé par l'opinion générale. Il fait respecter les obligations qu'il impose par des sanctions morales : par la crainte de la part des nations, des autres

<sup>15</sup> Hart (2005 : 166).

souverains, la crainte de provoquer une hostilité générale et d'encourir d'éventuelles représailles en cas de violation des maximes admises et respectées par tous.<sup>16</sup>

Ainsi, selon Austin, le droit international n'est-il pas « vraiment » du droit, mais seulement une « morale positive ». Il est intéressant de rappeler que le théoricien anglais avait le même jugement concernant le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel n'est pas non plus « vraiment » du droit, mais seulement une « morale positive ». Cette conclusion est réellement inquiétante.

(ii) Le réalisme juridique ne s'intéresse en général pas au droit international. Cependant, dans la mesure où le réalisme juridique se fonde sur le réalisme politique, il tend à dénier ou minimiser le statut juridique du droit international. Le réalisme politique a une conception des relations internationales selon laquelle ces relations seraient régies uniquement par l'intérêt des gouvernements ou des États et de tels intérêts seraient fondamentalement le produit d'un désir de pouvoir absolu. De sorte que pour le réalisme politique, le droit international ne peut qu'être un expédient pour acquérir ou maintenir le pouvoir de l'État et ne saurait en aucun cas soumettre un tel pouvoir à une règle de droit équitable. Il est donc condamné à hésiter – pour reprendre une expression récente – entre l'apologie et l'utopie. À cet égard, on peut ici évoquer la figure de deux éminents réalistes scandinaves : le suédois Karl Olivecrona et le danois Alf Ross. Pour le premier, le droit international était quelque chose derrière lequel se cachait la *Grossraumordnung* de Carl Schmitt, l'hégémonie impériale.<sup>17</sup> Pour le second, « le droit entre les États (le droit international) appartient à une catégorie différente du droit national et ne possède pas la capacité de ce dernier à canaliser les intérêts et les aspirations ».<sup>18</sup>

(iii) La position de Kelsen est plus complexe et plus élaborée. En réalité, Kelsen fut l'un des plus grands juristes de droit international de son temps et il a beaucoup écrit sur le sujet. Je voudrais rappeler son immense traité sur les Nations Unies, de près de mille pages. Kelsen fut, de même, fortement impliqué dans la mise en place du procès de Nuremberg dont il critiqua pourtant le déroulement. D'après Kelsen, il n'y a aucune difficulté conceptuelle à considérer le droit international comme une forme de droit achevée. On pourrait rappeler que selon lui, les règles sont juridiques seulement si elles sont susceptibles de sanction. Or, le principal argument contre le droit international consiste justement à dire qu'il ne prévoit aucune sanction. Kelsen rejette cet argument. Le droit international, dit-il, fournit une forme spécifique de sanctions. C'est la *guerre*. Notez, je vous prie, que la guerre est ici légale tant qu'elle constitue une réaction à une violation du droit international. Dans ces conditions, la conséquence importante d'une telle conception est qu'une guerre préventive ou d'an-

<sup>16</sup> Austin (1954 : 201).

<sup>17</sup> Voyez son livre *Europa und Amerika* : Olivecrona 1943.

<sup>18</sup> Ross (1966 : 262).

ticipation, une guerre antérieure à toute violation du droit international, serait illégale.

En ce qui concerne la conception des relations entre le droit international et le droit national, il y a une grande alternative : le dualisme ou le monisme. Le *dualisme* soutient que l'ordre international et l'ordre national sont tous deux juridiques mais qu'ils n'ont pas de relation l'un avec l'autre. Chaque règle de droit est valide dans son domaine et il n'y a entre les deux aucune relation de supériorité dans un sens comme dans l'autre. C'est, par exemple, la position de la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle se trouve confrontée à la suprématie que revendique le droit communautaire. Le *monisme*, au contraire, affirme que l'un des deux ordres prévaut toujours sur l'autre, au sens où la validité de l'un est dérivée ou inférée de la validité de l'autre. Comme on le sait, il y a deux genres de monisme : le monisme à *primauté interne* ou *étatiste*, qui affirme que le droit international n'est qu'un dérivé du droit national ou, comme le disait Hegel, « un droit national externe » ; le monisme à *primauté internationale* considère au contraire que le droit national est en quelque sorte subordonné au droit international. La dernière thèse est, on le sait, celle défendue par Kelsen.

Vous vous souvenez que, pour Kelsen, le droit est une pyramide à différents niveaux et au sommet de laquelle se trouve la *Grundnorm*. Le niveau juridique le plus bas est occupé par les décisions des juges ; à un niveau plus élevé se trouve la législation autorisant le pouvoir discrétionnaire des juges ; un niveau encore plus élevé comprend la constitution établissant les règles de création du droit. Et au-dessus du niveau constitutionnel dans cet ordre juridique pyramidal, il y a le droit international. La constitution – selon ce que dit Kelsen, du moins dans quelques-uns de ses travaux – tire sa validité du droit international, en particulier de la norme fondamentale du droit international qui consiste dans ce que l'on appelle le principe d'effectivité. Le principe d'effectivité prescrit de considérer un État réel comme un sujet du droit international lequel est un ordre juridique pleinement valide.

Cela étant, une constitution ne peut être opératoire que si elle est appliquée à un ordre juridique déjà valide. Or, le droit international fournit une telle validité préliminaire. La doctrine de Kelsen, dans ces conditions, reconnaît non seulement le caractère pleinement juridique du droit international mais, en outre, fait d'un tel droit la pierre angulaire de l'ordre juridique positif tout entier.

(iv) Les doctrines jusnaturalistes sont diverses et n'adoptent pas une attitude uniforme à l'égard du droit international. Selon certaines théories, les relations internationales sont très proches de l'état de nature dans lequel vivent les êtres humains avant d'entrer dans l'état civil. Dans l'état de nature, les hommes luttent pour la survie et ne sont régis que par un principe : la préservation de la vie et de soi. Telle est la conception défendue par Thomas Hobbes ou Baruch Spinoza. Jean-Jacques Rousseau n'est pas très loin de partager ce point de vue.

Il y a cependant d'autres doctrines jusnaturalistes, celles défendues par exemple par Vitoria ou Grotius qui supposent un droit valide pour le genre humain tout entier régissant aussi bien les relations entre les peuples que celles entre les États. Pour ce second courant, il ne saurait subsister le moindre doute sur le caractère contraignant et pleinement juridique du droit international.

Quelle est la position de Hart ? Au premier abord, Hart semble adopter une attitude opposée au scepticisme en refusant le dogme de la souveraineté.

L'une des sources les plus permanentes de perplexité quant au caractère obligatoire du droit international - écrit-il au chapitre dix du *Concept de droit* - a résidé dans la difficulté d'accepter ou d'expliquer le fait qu'un État qui est souverain puisse être aussi "lié" par, ou avoir une obligation au terme du droit international. Cette forme de scepticisme est, en un sens, plus extrême que l'objection selon laquelle le droit international n'est pas obligatoire parce qu'il manque de sanctions.<sup>19</sup>

Une telle forme de scepticisme, estime Hart, doit être rejetée. En réalité,

la conviction de l'existence nécessaire d'un souverain qui n'est soumis à aucune limite juridique, préjuge d'une question à laquelle nous ne pouvons répondre qu'en analysant les règles qui existent effectivement. La question qui se pose pour le droit national est la suivante : quelle est l'étendue de l'autorité législative suprême reconnue au sein de ce système ? Pour le droit international, la question est la suivante : quel est le champ maximum d'autonomie que les règles accordent aux États ?<sup>20</sup>

Ainsi, on ne peut commencer par poser une notion définie de la souveraineté puis, dans un second temps, essayer d'évaluer une règle de droit à l'aune de cette notion. On doit plutôt s'attacher spécifiquement au phénomène qu'on veut évaluer sans préjuger de quoi que ce soit.

Hart est donc assez critique à l'égard des théories du droit international qui expliquent ce dernier à l'aide de la notion d'autolimitation de l'État. Telle était la doctrine défendue par le juriste autrichien Georg Jellinek, en fait l'un des maîtres de Kelsen. Contre l'idée de droit international comme produit de l'autolimitation de l'État, Hart présente trois arguments :

(a) l'autolimitation présuppose une notion forte de souveraineté qui empêche de rendre compte de la dynamique concrète du droit international.

Ces théories n'expliquent absolument pas ce qui permet de dire que les États ne "peuvent" être liés que par des obligations qu'ils s'imposent à eux-mêmes, ni pourquoi on devrait admettre cette conception de leur souveraineté, avant tout examen du caractère réel du droit international.<sup>21</sup>

(b) L'autolimitation présuppose des règles déjà en vigueur.

<sup>19</sup> Hart (2005 : 238).

<sup>20</sup> Hart (2005 : 241).

<sup>21</sup> Hart (2005 : 242).

Pour que des mots /.../ puissent fonctionner en certaines circonstances comme une promesse, un accord ou un traité, et ainsi engendrer des obligations et conférer des droits que d'autres individus peuvent revendiquer, il faut toujours qu'existent des règles qui disposent qu'un État est obligé de faire tout ce qu'il s'engage à faire à l'aide de mots appropriés.<sup>22</sup>

(c) La pratique du droit international est en contradiction avec la doctrine de l'autolimitation. « En troisième lieu, il y a les faits ».<sup>23</sup> Seuls ces derniers peuvent « révéler si cette conception est correcte ou non ».<sup>24</sup>

En réalité, en droit international il arrive qu'un État se trouve lié à d'autres indépendamment de tout consentement. On peut mentionner deux hypothèses : (i) « l'hypothèse d'un nouvel État » – qui est lié par les obligations générales du droit international ; (ii)

l'hypothèse de l'État qui acquiert un territoire ou subit quelque autre changement qui entraîne, pour la première fois, l'incidence d'obligations découlant de règles qu'il n'a pas eu préalablement la possibilité soit d'observer, soit de transgresser, et auxquelles il n'a pas eu l'occasion de donner ou de refuser son consentement.<sup>25</sup>

C'est par exemple le cas de tout État qui acquiert un accès à la mer et se trouve dès lors soumis au droit maritime.

Hart identifie ensuite un ensemble de caractéristiques du droit international qui le distingue de la morale. Il entend ainsi répondre aux thèses jusnaturalistes et à celle de John Austin, lequel réduisait le droit international à une « morale positive ». (a) Le premier point est la différence entre les sanctions morales et celles juridiques. La sanction morale en appelle à la conscience des individus, aux sentiments de culpabilité ou à la honte. Ce n'est pas la même chose en droit international. (b) Le deuxième point est l'indifférence morale du droit international.

Les règles du droit international, comme celles du droit national, sont souvent totalement indifférentes d'un point de vue moral. Il se peut qu'une règle existe parce qu'il convient ou qu'il est nécessaire d'avoir une règle établie qui soit claire dans les domaines auxquels elle se rapporte, mais non pas parce qu'on attache quelque importance morale à cette règle particulière.<sup>26</sup>

(c) Troisièmement, tandis que le droit international est plus ou moins fondé sur la volonté et le changement, la morale ne repose pas sur le consentement. Tandis qu'« il n'est rien dans la nature ou la fonction du droit international qui soit également incompatible avec l'idée que les règles seraient sujettes à un changement législatif », « l'idée même de changement par l'effet d'une volonté

<sup>22</sup> Hart (2005 : 242–243).

<sup>23</sup> Hart (2005 : 243).

<sup>24</sup> Hart (2005 : 243).

<sup>25</sup> Hart (2005 : 268).

<sup>26</sup> Hart (2005 : 246).

législative humaine répugne à l'idée de moralité ». <sup>27</sup> La moralité, selon Hart, à la différence du droit, ne peut ainsi être l'objet d'une volonté ou d'une décision ; cette conception est en réalité en contradiction avec sa méta-éthique anti-cognitivistique. (iv) Néanmoins, le quatrième point semble quant à lui fondé sur une nouvelle déclaration d'épistémologie anti-cognitivistique. Il n'y a, dit-il, aucune obligation morale de laquelle on pourrait purement et simplement inférer le droit international.

D'après son argument, Hart semble favorable à une conception non sceptique du droit international – en d'autres termes, il pense que le droit international est vraiment du droit et qu'il lie ou peut lier les États. Cependant, la conclusion de Hart ne va pas dans cette direction.

Hart entreprend de vérifier que le droit international est un système complexe de normes primaires et secondaires, et non pas un simple un « ensemble » de règles primaires. Hart souligne qu'il n'y a pas de juridiction contraignante permanente en droit international. Dès lors, on ne peut affirmer qu'il existe en droit international une règle qui ressemble à une règle de décision (*adjudication*). Il n'y a pas non plus de corps législatif permanent. Et donc il ne peut y avoir de règle de changement. Enfin, puisqu'on ne trouve nulle part un corps bien établi de règles internationales juridiques fondamentales, on devrait conclure qu'il n'y a aucune règle de reconnaissance.

Pourtant, la présence de règles secondaires à côté des règles primaires est une condition nécessaire à un système juridique développé. Un système juridique avancé, dit Hart, est structuré selon une hiérarchie de règles. Autrement, nous aurions affaire à des systèmes sous-développés, des phénomènes juridiques primitifs, qui ne peuvent même pas être qualifiés de « systèmes ». Ils ne sont que des « ensembles » (statiques) de règles sans coordination ni hiérarchie claires souffrant d'un fort degré d'indétermination. Pour que de telles règles (primaires et secondaires) soient valides, il suffit qu'elles soient acceptées sans qu'il soit besoin de recourir à un principe critique tel qu'une règle de reconnaissance.

Dans la forme la plus élémentaire de société, nous devons attendre pour voir si une règle se fait admettre comme règle ou non ; dans un système doté d'une règle fondamentale de reconnaissance, nous pouvons dire, avant qu'une règle soit effectivement édictée, qu'elle *sera* valide si elle satisfait aux conditions posées par la règle de reconnaissance. <sup>28</sup>

On pourrait cependant se demander s'il est vrai que l'acceptation d'une règle est possible sans une reconnaissance préalable de la règle elle-même. On pourrait encore s'interroger pour savoir si un tel problème est résolu une fois qu'il est transposé au niveau de la « règle de reconnaissance » laquelle, selon Hart,

<sup>27</sup> Hart (2005 : 248).

<sup>28</sup> Hart (2005 : 252–253).

peut seulement être *utilisée* mais non identifiée à partir du point de vue interne, de sorte que l'affirmation de son existence ne peut relever que du point de vue externe.<sup>29</sup> On pourrait enfin objecter qu'une simple acceptation des règles (primaires), comme ce serait le cas pour les ordres primitifs, n'est pas très éloignée d'une simple uniformité de comportements, transformant ainsi une pratique normative en une simple habitude, transformation qui – comme on le sait – est en fait critiquée par Hart lui-même.

Quoi qu'il en soit, l'important pour nous aujourd'hui est de voir qu'en contestant l'existence de règles secondaires en droit international, Hart le condamne à n'être qu'un système juridique « primitif », quelque chose, j'insiste, qui n'est pas très différent de ce que Austin appelait une « morale positive », une forme de « soi-disant droit » comme il avait coutume de dire.

« Il n'existe aucune règle fondamentale fournissant des critères généraux de validité pour les règles de droit international » affirme clairement Hart.<sup>30</sup> Certes, des « règles relatives à la force obligatoire des traités » existent, mais elles ne « constituent pas un *système*, [elle constituent] un *ensemble* de règles ». <sup>31</sup> Cela signifie que pour lui, comme pour Austin, le droit international n'est pas vraiment du droit ; conclusion pour le moins triste et perturbante. Est-ce donc le sous-secrétaire d'État américain pour le contrôle des armes John Bolton qui aurait raison ?

Dans un *Post-script* à son ouvrage *Le Concept de droit*, écrit plus de vingt ans après la première édition, Hart tente de répondre à la redoutable critique de Ronald Dworkin contre sa philosophie du droit. Hart cherche tout particulièrement à inclure, en plus des règles, les principes dans le droit. Il affirme alors que la règle de reconnaissance peut consister ou contenir des principes moraux. Je ne peux entrer ici plus avant dans la subtile controverse sur cette question. Je voudrais seulement attirer votre attention sur le fait que si l'on admet que la règle de reconnaissance consiste en des principes, l'une des objections de Hart contre le caractère pleinement juridique du droit international – à savoir qu'il n'existerait aucune règle fondamentale fournissant des critères généraux de validité pour les règles de droit international – s'effondre. Une fois que l'on a admis qu'elle peut consister en des principes et non uniquement en des règles, cette règle pourrait pourtant être fournie par des principes. En réalité, la règle de validité suprême du droit international, sa règle de reconnaissance, tient selon la doctrine en deux principes fondamentaux : *consuetudo est servanda* (on doit se conformer aux règles coutumières) et *pacta sunt servanda* (on doit tenir ses engagements). Là réside peut-être un espoir pour le droit international.

<sup>29</sup> Hart (2005 : 126–128).

<sup>30</sup> Hart (2005 : 254).

<sup>31</sup> Hart (2005 : 254). Je souligne.

Permettez-moi de conclure. Le droit est traditionnellement conçu comme une expérience hiérarchique principalement sous deux formes. D'un côté, le droit est vu comme constitué d'ordres et de pure obéissance, ou de pouvoir exorbitant et d'allégeance injustifiée, s'appuyant sur la force et la violence. De l'autre, le droit est conçu comme une expérience faite de raisonnements sophistiqués réservés à une classe, une « élite sociale » pourrait-on dire, des « autorités ». Pourtant, au-delà de ces façons de voir les choses, il existe une troisième approche du droit en termes hiérarchiques : elle consiste à le voir comme un système de règles construit sur différents niveaux et reliées les unes aux autres comme le supérieur à l'inférieur.

Hart refuse clairement la première conception. En s'efforçant de l'expliquer à partir des idées simples de menace ou d'obéissance, dit-il, « on défigure un trop grand nombre d'aspects caractéristiques du droit ». <sup>32</sup> Néanmoins, l'idée de Hart qu'un système juridique avancé ne peut être décrit qu'en termes de « règles secondaires » et que de telles règles puissent être à l'origine de la création d'une instance qui aurait le dernier mot quant à la signification du droit renvoie finalement à une espèce de pouvoir discrétionnaire qui n'est pas si éloigné de la notion traditionnelle de commandement.

En ce qui concerne la seconde conception, Hart fait de l'obligation juridique une affaire réservée à un corps spécial d'agents lorsqu'il dit que la règle de reconnaissance vaut seulement pour les autorités publiques et non pour la masse des citoyens. <sup>33</sup> Il réintroduit ici une hiérarchie marquée entre les autorités et les citoyens.

Sa distinction entre les règles primaires et secondaires et la notion de règle de reconnaissance traduit son intention d'emprunter une troisième voie. A-t-il si bien réussi que cela, c'était toute la question.

*Traduit de l'anglais  
par Pierre Brunet.\*\**

<sup>32</sup> Hart (2005 : 173).

<sup>33</sup> Hart (2005 : 132-133).

\*\* Un grand merci à Marie-Anne Pupin pour son aide précieuse et Richard Moulin pour son œil aguerri.

**Bibliographie**

John AUSTIN, 1954 : *The Province of Jurisprudence Determined*. Introduction par H. L. A. Hart.  
London : Weidenfeld & Nicolson.

Herbert L.A. HART, 2005 : *Le concept de droit*. Trad. Michel van de Kerchove. 2<sup>ème</sup> éd. augmentée.  
Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.

Karl OLIVECRONA, 1943 : *Europa und Amerika*.  
Berlin : Junker und Dünhaupt.

Alf ROSS, 1966 : *The United Nations: Peace and Progress*. Totowa, N.J. : Bedminster Press.

Kenneth I. WINSTON, 2001 : *The Principles of Social Order : Selected Essays of Lon L. Fuller*.  
Oxford : Hart Publishing.

