

L'HERITAGE JUSNATURALISTE DU POSITIVISME JURIDIQUE

PAUL AMSELEK
Francia

Généralement, il est de règle d'opposer le positivisme juridique au jusnaturalisme et de présenter ces deux courants de la pensée juridique comme radicalement antithétiques: le positivisme juridique ne s'est-il pas, en effet, historiquement manifesté en réaction aux démarches métaphysiques de l'École (ou des Ecoles) du Droit Naturel et à tout leur arrière-plan idéologique?

On ne saurait, certes, nier les différences qui séparent positivisme juridique et jusnaturalisme; et pourtant, au risque de heurter les idées reçues, nous dirons que ces différences nous paraissent, d'une certaine manière, très secondaires par rapport à la parenté profonde qui unit en réalité le mode de pensée positiviste et le mode de pensée jusnaturaliste: contrairement à ce qu'ils croient et proclament, les positivistes sont d'abord, fondamentalement, des héritiers de la métaphysique jusnaturaliste, des continuateurs de ses péchés; ou, si l'on préfère, malgré leur état d'esprit foncièrement anti-idéologique, ils n'ont pas su se dégager des formes de pensée et des types mêmes de problème développés pendant des millénaires par le jusnaturalisme et profondément —et insidieusement— enracinés dans notre univers culturel. Là réside toute la faiblesse du positivisme juridique: il s'agit d'un courant de pensée en porte-à-faux entre des aspirations résolument "réalistes" et anti-idéologiques et l'emprise sournoise de séquelles, d'habitudes de pensée, de "réflexes" en quelque sorte, de la métaphysique jusnaturaliste.

Cette contradiction et les impasses auxquelles elle aboutit inévitablement apparaissent avec particulièrement de lumière chez Kelsen: c'est que l'un des mérites de l'oeuvre kelsénienne —qui explique pour une large part l'audience que cette oeuvre a rencontrée un peu partout dans les milieux juridiques— a été de développer jusqu'au bout, de manière systématique et avec une grande rigueur logique, les conclusions impliquées par les prémisses théoriques fondamentales du posi-

tivisme juridique. Ainsi qu'elle l'annonce elle-même d'emblée, "la Théorie pure du droit est une théorie du droit positif en général";¹ on serait tenté de dire qu'elle est la théorie du droit positif, la théorisation la plus achevée du positivisme juridique. Kelsen apparaît, par là, comme un révélateur: à travers sa pensée, le positivisme juridique se présente, pour ainsi dire, d'une manière pleine, dans toutes ses dimensions, avec toute sa portée; mais il faut ajouter aussi: avec toutes ses faiblesses et ses contradictions.

Précisément, notre propos ici sera d'utiliser en quelque sorte le prisme de la Théorie Pure du Droit et de montrer à travers lui que le positivisme juridique est le continuateur —malgré lui— du jusnaturalisme, aussi bien dans ses fondements mêmes que dans certaines de ses démarches les plus essentielles.

I

Dans son mouvement anti-idéologique et conformément aux thèses fondamentales du positivisme juridique, la Théorie Pure du Droit se définit constamment comme "une théorie du droit radicalement réaliste" (Th. P. II, p. 148) qui entend, à l'instar des autres sciences positivistes, ne s'occuper que du "droit réel", du droit susceptible d'une approche expérimentale tangible et objective,— en bref du "droit positif", c'est-à-dire du droit effectif, suivi d'effets, auquel correspondent effectivement les conduites réelles des individus qu'il vise à régir. On doit relever, à cet égard, combien est peu fondé le reproche qui a souvent été adressé à Kelsen de fermer les yeux sur la réalité sociale et d'approcher les normes juridiques d'une manière purement abstraite, ce qui est précisément aux antipodes des postulats positivistes auxquels il adhère: selon ces postulats, le juriste positiviste ne doit s'occuper que des normes juridiques auxquelles les individus se conforment effectivement ("une théorie scientifique du droit ne peut porter que sur des droits positifs", Th. P. II, p. 85); il est donc, pour ainsi dire, en prise directe et permanente avec la réalité sociale, l'appréhension même de son objet d'étude impliquant une investigation sociologique constante.²

Ce qui mérite plutôt de retenir l'attention, c'est l'embarras très ca-

¹ Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2ème édit., traduction française Ch. Eisenmann, Paris, 1962. p. 1 (cet ouvrage sera cité dans la suite sous l'abréviation: "Th. P. II"). Cpr. la première édition, traduction française H. Thévenaz, Neuchâtel, 1953, p. 17 (édition qui sera mentionnée dans la suite sous l'abréviation: "Th. P. I").

² Voir, à ce sujet, les pertinentes observations de Ch. Eisenmann, in *Méthode Sociologique et Droit*, Actes du Colloque de Strasbourg de Novembre 1956, Paris, 1958, pp. 67 s..

ractéristique que Kelsen, homme d'esprit rigoureux, est amené à manifester à propos de ces postulats. C'est ainsi, tout d'abord, qu'il a sans cesse tendance à dévier de la notion de "droit positif" au sens où l'entend l'orthodoxie positiviste, vers un autre sens tout différent et selon lequel "droit positif" signifie "droit posé" (*gesetzt*). C'est ce qu'illustre tout particulièrement le passage suivant: "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. . . En revanche, une norme qui n'a pas été *posée*, mais seulement *supposée*, n'appartient pas au domaine de la réalité".³

On trouve constamment dans l'oeuvre kelsénienne cette ambivalence de la notion de "droit positif", tantôt droit effectif, tantôt droit pose,⁴ cette ambivalence perce de manière particulièrement topique lorsqu'il présente les deux sens simultanément, sans prendre garde de la dichotomie: "le droit positif, c'est-à-dire le droit *posé* par des actes humains, le droit valable, généralement *appliqué et obéi*, se présente comme le droit réel" (Th. P. II, p. 147). C'est que le maître autrichien n'a pas pu ne pas apercevoir que les normes juridiques sont susceptibles d'une approche expérimentale à partir du moment où elles sont posées, extériorisées par des signes perceptibles et par là objectivement observables; il a, en conséquence, eu du mal à s'en tenir à la stricte orthodoxie du positivisme juridique selon laquelle seules les normes juridiques auxquelles les individus conforment effectivement leur conduite sont susceptibles d'une approche expérimentale et méritent de retenir l'attention d'une théorie "scientifique".

Et comment, alors, concilier ces deux positions? Si le droit posé peut ainsi faire l'objet d'une approche expérimentale, pourquoi exiger en outre qu'il soit effectif? Kelsen, dans la logique du positivisme

³ Th. P. I, pp. 19 s.. Cpr. Th. P. II, pp. 13 et 85.

⁴ C'est dans ce dernier sens qu'il indique, par exemple, que la norme fondamentale, n'étant pas une norme "posée" mais seulement "supposée", ne fait pas partie du droit positif (Th. P. II, p. 262 s. et p. 296; cpr. Th. P. I, p. 114).

juridique,⁵ est amené à répondre que c'est parce que seul le droit effectif est vraiment du droit: les normes juridiques ineffectives sont, en effet, dépourvues de caractère obligatoire (cf. infra).⁶ Or, nous dit constamment Kelsen, la validité est "le mode d'existence spécifique des normes",⁷ une norme est valable (au sens équivoque qu'il donne, nous le verrons, à ce terme) ou n'est pas; par conséquent, les normes juridiques ineffectives ne sont pas des normes et donc ne sont pas du droit. Poussé à ce point, le positivisme juridique laisse éclater la faiblesse de ses fondements. Nous ne nous arrêterons pas sur le paralogisme évident que constitue l'inclusion de la "validité" de la norme dans le concept même de cette dernière; nous aurons à revenir plus loin sur cette condition d' "effectivité" du droit est irréaliste (elle se trouve en contradiction flagrante, par exemple, avec les solutions du système juridique en vigueur en France et selon lequel les lois et règlements ne peuvent tomber en désuétude, perdre leur "validité" du fait de leur ineffectivité) et, à la limite, absurde: c'est ainsi, notamment, qu'au moment de son édicition une loi ne serait pas du vrai droit tant qu'elle n'aurait pas été en quelque sorte consacrée par une pratique conforme à ses prescriptions.⁸ Et ultérieurement, d'ailleurs, elle serait susceptible de reperdre à nouveau par son ineffectivité son caractère de norme juridique, de sorte que l'objet d'étude de la théorie positiviste du droit apparaît doté d'une étrange variabilité (il serait, si l'on peut dire, "à géométrie variable"): en fonction de leur effectivité ou ineffectivité, les prescriptions des autorités publiques seraient (ou seraient à nouveau) ou ne seraient pas (ou ne seraient plus) du droit!

Mais la faiblesse des postulats du positivisme juridique perce encore à bien d'autres égards à travers la Théorie Pure du Droit. C'est ainsi qu'un esprit aussi rigoureux que Kelsen n'a pu éviter de se poser la question — à vrai dire essentielle dans la perspective d'une théorie

⁵ Cpr. M. Waline, *Défense du positivisme juridique*, Arch. Phil. Droit, 1939, pp. 84 s. et *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, in Mélagne Carré de Malberg, 1933, p. 525; R. Ago, *Droit positif et droit international*, Ann. Fr. Dr. Intern., 1957, p. 19; E. Giraud, *Le droit positif*, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960, p. 215.

⁶ "Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui, come on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un minimum d'efficacité, n'est pas reconnue comme une norme objectivement valable. Un minimum d'efficacité est donc une condition de la validité des normes juridiques". (The. P. II, p. 15; cpr. pp. 286 s.).

⁷ Th. P. II, p. 13. Cpr. Th. P. I, pp. 33 et 39; *General Theory of Law and State*, 1943, p. 59.

⁸ C'est en ce sens que le philosophe du droit belge Haessaert nous dit que les normes émises par les autorités publiques possèdent une simple "présomption de juridicité", une présomption qui "ne se vérifie que par le succès" (*Théorie Générale du Droit*, Bruxelles, 1948, p. 462).

positiviste du droit— de savoir à partir de quand une norme juridique peut être considérée comme “positive” (au sens d’ “effective”) et par suite retenir l’attention d’une théorie “scientifique” du droit. L’imprécision même —pour ne pas dire: le pur verbalisme— de sa réponse est très instructive: ainsi, nous expose-t-il, un ordre juridique positif est un système de normes

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? (Th. P. I, p. 118).

Dans une certaine mesure: on ne peut être plus vague; et Kelsen atteint les limites extrêmes de l’imprécision lorsqu’il est amené à reconnaître qu’ “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” (ibid.; cpr. p. 48). A elles seules, ces phrases en disent long sur le caractère flou et donc faiblement opératoire du concept même de “positivité” ou “effectivité”.⁹

Cet embarras de Kelsen s’explique, en vérité, par le fait que les postulats mêmes du positivisme juridique sont indéfendables et que, si de nombreux juristes comme Kelsen ont été néanmoins séduits par eux et ont cru pouvoir y adhérer, c’est sous l’empire de modes de pensée hérités du jusnaturalisme et dont nous avons du mal, aujourd’hui encore, à nous libérer complètement.

Le jusnaturalisme a, en effet, profondément ancré l’idée que, non seulement les hommes, mais l’ensemble des choses de l’Univers sont soumises à un droit naturel, à des “lois de la nature” émises par un législateur suprême: ce sont ces lois, auxquelles toutes choses doivent “obéir”, qui seraient derrière les régularités que l’on peut observer dans le cours naturel de choses; et ce seraient ces lois de la nature, existant déjà indépendamment de lui, que le savant aurait pour tâche de “retrouver”. Cette “juridicisation” de la science¹⁰ a pendant long-

⁹ Cf. à ce sujet notre ouvrage, “Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit, Paris, 1964, pp. 323 s.s

¹⁰ Qui a laissé encore à l’heure actuelle des séquelles tenaces dans le discours scientifique. Cf. par exemple Jean Clavreul, *L’ordre médical*, Paris, 1978, p. 264 (les références de cet auteur à la pensée de Kelsen sont assez significatives). Voir les observations de Rudolf Carnap, *Les fondements philosophiques de la physique*, traduction française J. L. Luccioni et A. Soulez, Paris, 1973, pp. 200 s.

expérimentales;¹¹ il incarne, enfin, d'une manière topique, la persistance d'un amalgame insidieux des normes juridiques et des lois scientifiques¹² (cet amalgame ne s'est d'ailleurs pas traduit chez lui uniquement par l'exigence —empruntée aux postulats méthodologiques de la philosophie positiviste de la science— de la "positivité" ou "effectivité" des normes juridiques; on en trouve d'autres échos dans son oeuvre, en particulier à travers l'étrange conception qu'il a développée pendant longtemps et selon laquelle les normes juridiques seraient soumises au principe de non-contradiction et ne pourraient donc être prises en considération par la "science" du droit qu'à la condition de ne pas se contredire).¹³

II

Le positivisme juridique n'est pas seulement l'héritier (ou plutôt: le tributaire) du jusnaturalisme dans ses fondements mêmes: il l'est aussi dans une démarche essentielle dont on aperçoit la persistance chez les juristes positivistes: celle consistant à vouloir "fonder" le droit,— entendons: expliquer pourquoi on doit obéir au droit, donner les raisons pour lesquelles on est tenu de se conformer aux prescriptions juridiques, les raisons pour lesquelles celles-ci "obligent", "sont obligatoires".

C'est là une démarche que l'on trouve très couramment développée chez les auteurs positivistes et qui correspond, de toute évidence, dans leur esprit, à une problématique fondamentale qui se poserait

¹¹ Sur cette assimilation de la dogmatique du droit à une "science" chez Kelsen et sur les extravagances auxquelles cette assimilation a conduit le maître autrichien, cf. notre ouvrage précité pp. 385 s. et pp. 396 s..

¹² En dépit de ses efforts apparents pour distinguer les unes et les autres, en dépit aussi de la distinction qu'il s'est efforcé d'esquisser par ailleurs entre normes juridiques (*Rechts-Normen*) et propositions du théoricien décrivant les normes juridiques (*Rechts-Sätzen*). Précisément, à propos de cette distinction, on voit se profiler très nettement en arrière-fond l'amalgame que nous avons évoqué: "Les propositions de droit formulées par la science du droit ne sont pas une pure et simple répétition des normes juridiques posées par l'autorité juridique. On objectera, peut-être, cependant, qu'il est tout à fait superflu d'ajouter aux normes juridiques posées par l'autorité juridique des propositions de droit formulées par la science du droit. Il faut bien accorder que cette objection n'est pas si évidemment mal fondée que l'objection selon la quelle serait superflue la juxtaposition à la nature d'une science de la nature. Car, à la différence du droit, la nature ne se manifeste pas dans des mots parlés et écrits. . ." (Th. P. II, p. 101).

¹³ Cf. Th. P. I, p. 134, et pp. 168-169; Th. P. II, pp. 101 s. et pp. 273 s. Il n'a abandonné cette thèse qu'en 1962 dans sa contribution aux *Essays in jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 339 s.

Cpr. son souci d'axer la science du droit sur les seules normes juridiques "générales", par imitation des lois scientifiques (Th. P. II, p. 112).

temps empoisonné le travail scientifique, en inclinant notamment à ne prêter qu'une attention relative aux données de l'expérience, les lois de la nature pouvant, par hypothèse même, être "désobéies" et donc donner lieu à des réalisations non conformes à leurs prescriptions. Mais elle a surtout habitué insidieusement les esprits à amalgamer les lois ou normes juridiques et les "lois" scientifiques, à mettre sur le même plan le savant recherchant les lois naturelles du monde physique et le juriste, le "vrai" juriste, le juriste "savant", c'est-à-dire recherchant les lois naturelles qui régissent les hommes et qui constituent le seul vrai droit.

C'est précisément de cet amalgame que devaient être victimes les juristes positivistes: lorsque, au XIXe siècle, la science est devenue "positiviste" sous l'empire des idées d'Auguste Comte, c'est-à-dire lorsque les savants ont décidé de rompre résolument avec les errements du passé et de ne tenir désormais pour lois scientifiques véritables que les lois rigoureusement vérifiées par l'expérience, les lois vérifiées conformes à la réalité des faits, un courant similaire à cette nouvelle philosophie de la science s'est, pour ainsi dire, tout naturellement manifesté dans la philosophie du droit: la "science" du droit devrait, dorénavant, rompre elle aussi avec les spéculations chimériques du passé et ne tenir pour droit véritable que le droit "positif, c'est-à-dire, non pas exactement le droit historiquement posé par les autorités publiques humaines à l'exclusion de tout prétendu droit d'origine transcendante, mais les normes juridiques corroborées par la réalité sociale observable, les normes juridiques auxquelles les hommes conforment effectivement leurs comportements. Autrement dit, alors même qu'il croyait et voulait, dans une réaction profondément et sincèrement anti-idéologique et antimétaphysique, secouer le joug de la pensée jusnaturaliste, le positivisme juridique en subissait encore la domination sournoise, en perpétuant au plan des principes méthodologiques l'étrange amalgame des lois scientifique et des normes juridiques: le positivisme juridique apparaît par là, assez singulièrement, comme une conception métaphysique développée, non pas à partir de parti-pris idéologiques, mais au contraire dans une révolte anti-idéologique, et donc coupée de toute idéologie.

Et de cela, Kelsen est bien l'illustration la plus typique: il incarne par excellence la réaction anti-idéologique du positivisme juridique, la volonté des juristes positivistes de faire de la théorie —nême purement dogmatique du droit une "science" véritable, comparable aux sciences de la nature et reposant comme elles sur des bases objectives,

inélucltamente à la “science” du droit.¹⁴ On ne doit donc pas s'étonner qu'elle soit au centre même des préoccupations de Kelsen; et sur ce point également, la Théorie Pure du Droit apparaît comme un terrain d'observation privilégié du positivisme juridique et de ses faiblesses.

Pour Kelsen, en effet, à partir du moment où l'on conçoit le droit comme un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains, on se trouve nécessairement confronté à la “question de savoir pourquoi une norme est valable, c'est-à-dire pourquoi des individus doivent se conduire de telle ou telle façon” (Th. P. II, p. 255); il s'agit là d'une problématique de caractère général qui se pose aussi bien à propos du droit qu'à propos de tout autre système de normes visant comme lui à régir des conduites humaines: quel est le “fondement de la validité” (c'est-à-dire —car l'on verra que, pour Kelsen, les deux choses se confondent— du caractère obligatoire) de ces normes? Pour la “science” positiviste du droit, ce problème ne peut évidemment être conçu et résolu qu'en termes purement objectifs, dénués de toute arrièrepensée moraliste et idéologique: il s'agit d'expliquer des données objectives, à savoir la “validité objective” des normes juridiques, leur caractère “objectivement valable” (c'est-à-dire objectivement obligatoire): ces expressions reviennent constamment sous la plume de Kelsen. Et cette explication doit elle-même être donnée en toute objectivité, en toute rigueur, sans recours à des artifices métaphysiques: “la Théorie Pure du Droit pose la question de savoir comment est possible une interprétation de la signification de certains faits comme un système de normes juridiques objectivement valables. . . , une interprétation qui ne recourt pas à des autorités métajuridiques telles que Dieu ou la Nature” (Th. P. II, p. 267).

C'est cette “question de théorie de la connaissance” (ibid.) qui a inspiré au maître autrichien sa fameuse vision d'une structure hiérarchique de type “dynamique” des ordres juridiques, avec à leur base une “norme fondamentale hypothétique” (*Grundnorm*). En effet, nous dit Kelsen, les normes juridiques de type A sont objectivement valables et doivent donc être obéies lorsqu'elles ont été posées conformément aux normes juridiques supérieures de type B fixant les conditions procédurales de leur édicition, et notamment habilitant les autorités qui les ont émises à le faire. Ces normes juridiques de type

¹⁴ “On ne peut éviter, observe de manière caractéristique le doyen Ripert (Droit Naturel et Positivisme juridique, Marseille, 1918, p. 32), de se demander à quel titre cet ordre positif s'impose à notre obéissance et pourquoi nous sommes forcés de nous incliner devant le commandement”; ce serait là le “problème le plus grave qui puisse se poser”.

B sont elles-mêmes valables et donc obligatoires lorsqu'elles ont été posées conformément aux normes juridiques de type C fixant les conditions procédurales de leur édicition; et ainsi de suite. A un certain moment, cependant, on arrive nécessairement à une catégorie première de normes juridiques, qui ont été posées par un acte originaire (la première constitution) ne faisant pas lui-même l'objet d'une réglementation juridique: ces normes juridiques premières, estime Kelsen, ne peuvent servir de fondement de validité aux autres normes juridiques —aux normes juridiques dérivées— que si elles sont elles-mêmes valables. Or, on se trouve confronté à la difficulté suivante: d'un, côté, seule une norme peut donner de la valeur à un acte humain d'édiction d'une autre norme et servir ainsi de fondement de validité à cette dernière; d'un autre côté, la première constitution est, par hypothèse même, au commencement du droit positif (entendu ici au sens de: droit posé) et donc aucune autre norme juridique posée antérieurement ne peut lui servir de fondement de validité. Dans ces conditions, nous dit Kelsen, si l'on ne veut pas recourir à des expédients de caractère métaphysique, il n'y a qu'une seule explication logique: la science du droit ne peut tenir l'ensemble des normes qui composent un ordre juridique comme "objectivement valables" qu'à la condition de "supposer" une norme fondamentale (on devrait dire: "fondatrice") prescrivant le devoir d'obéissance à la première constitution et fondant ainsi le caractère obligatoire ou "validité" des normes premières du droit positif, et par suite de l'ensemble des normes juridiques dérivées d'elles. Cette supposition est implicite dans l'esprit du juriste savant lorsqu'il considère les normes du droit positif comme "objectivement valables": c'est en ce sens que Kelsen la qualifie de "condition logique transcendantale" (Th. P. II, p. 267).

Nous avons déjà eu l'occasion de dénoncer ailleurs, d'une manière détaillée, toutes les extravagances, tous les paralogismes qui truffent cet ensemble d'idées développées par Kelsen.¹⁵ On se contentera d'évoquer ici le paralogisme le plus évident: celui qui consiste à confondre "valable" et "obligatoire". Pour Kelsen, "dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains est valable (*gilt*), c'est affirmer qu'elle est obligatoire (*verbindlich*), que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit" (Th. P. II, p. 255).¹⁶ Cette affirmation est inexacte (du moins, dans une perspective non jusna-

¹⁵ Cf. notre étude, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, Rev. Dr. Publ. 1978, pp. 5 s.

¹⁶ Cf. Charles Eisenmann, *Centralisation et Décentralisation*, Paris, 1948, p. 45: "Qu'est-ce donc, en effet, selon Kelsen lui-même, que la validité de la norme? C'est son caractère obligatoire, sa *Soll-Geltung*".

turaliste: cf. infra): une chose, en effet, est de dire qu'une norme juridique est juridiquement valable, c'est-à-dire a été posée conformément à d'autres normes juridiques (ne réglementant pas, du reste, nécessairement que ses conditions procédurales d'édition mais aussi, le cas échéant, son contenu même); une autre chose est d'affirmer que l'on doit y obéir. C'est ainsi que, si l'on suppose une norme fondamentale prescrivant d'obéir à la première constitution, cette norme ne fonde pas à proprement parler la "validité" de cette première constitution, mais seulement l'obligation de l'observer. Et par ailleurs, en vertu de cette norme fondamentale, les autorités législatives seront tenues de respecter la première constitution, c'est-à-dire d'édicter les lois selon la procédure constitutionnelle; mais les lois ainsi édictées seront, elles, juridiquement valables mais non pas pour autant assorties d'une obligation pour leurs propres destinataires d'y obéir, à moins de supposer également à ce niveau, et finalement à tous les niveaux de l'ordre juridique, une norme prescrivant l'obéissance.

Ce que nous voulons surtout souligner ici, c'est le fait même que Kelsen ait été conduit à ces extravagances en essayant d'aller jusqu'au bout dans la démarche de "fonder" le droit tout en restant jusqu'au bout fidèle au postulat de neutralité idéologique du positivisme juridique: on voit par là apparaître en pleine lumière l'incompatibilité de cette démarche elle-même avec l'horizon positiviste.

En réalité, cette problématique du "fondement du droit" sur laquelle les juristes positivistes se croient tenus de se pencher et qui constitue la pierre d'achoppement du positivisme juridique, n'est qu'un héritage de la pensée jusnaturaliste traditionnelle. La préoccupation essentielle qui sous-tend les théories du droit naturel, en effet, c'est de constituer, au service d'une certaine idéologie et par recours à des données métaphysiques, une sorte d'éthique civique, une éthique des comportements des citoyens à l'égard des normes juridiques posées par les pouvoirs publics; on peut ainsi résumer cette éthique: les citoyens sont tenus d'obéir aux normes juridiques édictées par les autorités publiques lorsque ces normes juridiques ont un certain contenu, à savoir un contenu conforme à celui que l'on prête aux prescriptions du droit naturel, car seules les normes juridiques dont le contenu est conforme à celui du droit naturel (c'est-à-dire du droit authentique, du droit idéal au sens platonicien) sont "valables". Au contraire, le droit posé qui ne reproduit pas exactement les prescriptions du droit naturel, qui les contredit, est dépourvu de valeur, ce n'est pas du vrai droit, et donc les citoyens se trouvent à son endroit déliés de tout devoir d'obéissance.

Ainsi, le jusnaturalisme, par ses démarches idéologiques et moralistes

multiséculaires, a ancré dans l'esprit des juristes l'habitude de se poser le problème du "fondement du droit", de se demander pourquoi on doit obéir au droit, pourquoi le droit est obligatoire. En même temps, il a habitué la pensée juridique à associer et, à la limite, à confondre "droit valable" et "droit obligatoire", le droit posé étant conçu comme tirant à la fois sa validité et sa force obligatoire de sa conformité au droit naturel.

Cet enracinement mental a été si profond que même la vague positiviste n'en a pas eu raison jusqu'ici: les juristes positivistes même les plus farouchement opposés aux doctrines du droit naturel et à toute démarche de type moraliste et idéologique ont continué —et continuent encore aujourd'hui— de se poser la question du "fondement du droit" et à mêler confusément "validité" et "force obligatoire": pourquoi le droit est-il obligatoire, pourquoi faut-il obéir aux normes ou commandement juridiques des autorités publiques, quel est le "fondement de validité" du droit? Mais précisément, cette question, ils se la posent par hypothèse même, en positivistes et non pas en moralistes, comme s'il s'agissait d'un problème ayant encore un sens débarrassé de toute résonance idéologique et morale, comme s'il s'agissait d'un problème susceptible de se poser en toute objectivité, c'est-à-dire d'un problème que l'objet observé poserait à l'observateur et que celui-ci pourrait résoudre à l'aide de méthodes purement expérimentales ou de succédanés de méthodes expérimentales.

Peu de positivistes, il est vrai, ont réussi sur ce point à maintenir jusqu'au bout leur neutralité idéologique affichée au départ. C'est le mérite de Kelsen d'être resté, au contraire, rigoureusement fidèle à sa profession de foi positiviste et d'avoir fait apparaître, du même coup, de manière flagrante, l'inanité de toute démarche idéologiquement neutre face à un problème en réalité de nature essentiellement éthique; en définitive, sa conclusion se ramène à cette tautologie: la "science" du droit n'est objectivement fondée à considérer que le droit émis par les pouvoirs publics est obligatoire, qu'à la condition de supposer qu'on doit obéir au droit. C'est effectivement le seul type d'explication purement logique que puisse donner un juriste positiviste: pour que les citoyens aient l'obligation de se conformer au droit, il faut supposer une norme prescrivant cette obligation; le positiviste ne peut en dire plus sous peine de se renier et de verser dans l'idéologie.

"Le positivisme juridique, déplorait le doyen Ripert, est impuissant à nous donner le mot de l'énigme et à nous révéler pourquoi et jusqu'à quel point nous devons obéir aux lois".¹⁷ Un autre positiviste, Michel

17 Op. cit., p. 37.

Virally, parle en ce sens d'un "échec" du positivisme juridique: "le problème du fondement du droit reste posé et il n'a reçu aucune solution acceptable".¹⁸ En réalité, l'échec véritable du positivisme juridique n'est pas dans le fait de ne pas savoir répondre au problème du fondement du droit, mais dans le fait même de se poser encore ce problème.

En définitive, en accusant les contradictions du positivisme juridique classique, la Théorie Pure du Droit invite à le dépasser. Il conviendrait d'en finir une fois pour toutes avec les ombres du passé et d'admettre sans plus d'ambiguïté un certain nombre de données élémentaires.

—Une chose sont les normes juridiques, une tout autre chose les lois scientifiques. C'est ainsi que l'exigence méthodologique d'effectivité qui vaut pour celles-ci n'a pas de sens pour celles-là. Par ailleurs, le juriste théoricien n'est pas, par rapport aux normes juridiques, dans la même situation que le savant physicien par rapport aux lois scientifiques de la nature: les normes juridiques constituent, non pas son oeuvre, mais son objet même d'étude, cet objet étant susceptible d'une approche expérimentale en tant qu'il est posé. Pour la même raison, du reste, le juriste théoricien n'est pas nécessairement un "savant", il ne fait pas nécessairement de la "science" du droit.

—Le problème du "fondement du droit" est un problème purement éthique, qui n'a de sens que dans une perspective moraliste et idéologique: le prendre comme un problème purement "objectif", comme une énigme qui se poserait au simple observateur est une démarche aberrante qui ne peut déboucher que sur des impasses. Cela ne veut pas dire, évidemment, que toute activité moraliste et idéologique est chargée de péchés et doit être éliminée dans le secteur juridique, mais simplement qu'il faut éviter la confusion des genres et le syncrétisme.

—Il serait, enfin, opportun d'en terminer avec l'usage de plus en plus équivoque de l'expression "droit positif" qui tend aujourd'hui à recouvrir les acceptions les plus variées, sans qu'on les distingue suffisamment les unes des autres: droit *posé*, droit *effectif*, mais aussi droit *en vigueur* ou encore droit *valable*.¹⁹ Ces différents sens ne doivent évidemment pas être confondus: une chose est le droit posé, édicté (seul ce sens, d'ailleurs originaire, devrait être réservé à l'expression "droit positif"); une autre chose est le droit effectivement suivi, effectivement observé; une autre chose encore est le droit en vigueur: une norme édictée n'est pas nécessairement en vigueur, ap-

¹⁸ La Pensée juridique, Paris, 1960, p. XIV.

¹⁹ Cf. par exemple P. Pescatore, Introduction à la Science du Droit, Luxembourg, 1960, p. 421: "Selon nous, il est essentiel pour l'existence d'une règle juridique que celle-ci soit valable dans une société donnée, que ce soit du just vigens. Or cette validité ou positivité. . ."

plicable (ou elle peut cesser de l'être provisoirement); une norme juridique ineffective n'est pas nécessairement hors de vigueur, inapplicable: tout dépend du statut que les règles juridiques posent elles-mêmes pour leur prise, leur interruption ou leur perte de vigueur. Une autre chose, enfin, est le droit valable, c'est-à-dire en vérité valablement posé, édité conformément à d'autres normes: le droit posé peut être non valable, mais en vigueur (tel est le cas des actes juridiques irréguliers insusceptibles, pour une raison ou pour une autre, d'être annulés ou d'être tenus pour nuls).