

TITRE PREMIER

DROIT ET NATURE

1. — LA « PURETÉ ».

La Théorie pure du droit est une théorie du droit positif, — du droit positif en général; sans autre spécification : elle n'est pas la théorie d'un ordre juridique déterminé; elle n'a pas pour objet l'interprétation de tel ou tel ensemble de normes juridiques, nationales ou internationales. Elle constitue une théorie générale du droit (à ce titre, elle comprend, bien entendu, une théorie de l'interprétation juridique).

Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique.

Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même une théorie « pure » du droit ? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. En d'autres termes, elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. Tel est son principe méthodologique fondamental. Il paraîtra sans doute aller de soi. Cependant, il suffit de jeter un coup d'œil sur la science du droit traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au

cours des XIX^e et XX^e siècles, pour apercevoir clairement combien il s'en faut qu'elle satisfasse à ce postulat de « pureté ». Sans aucun esprit critique, elle a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part. Et certes, un tel amalgame peut s'expliquer par le fait que le second groupe de sciences se rapporte à des objets qui sont assurément en relation étroite avec le droit; la théorie pure du droit n'ignore pas ni ne songe à nier cette relation; si elle entreprend de délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines, c'est parce qu'elle cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit.

2. — LES ACTES ET LEUR SIGNIFICATION JURIDIQUE.

Il existe deux groupes de sciences : les sciences de la nature et les sciences de la société. La distinction de ces deux groupes correspond à l'idée qu'elles portent sur des objets différents : la nature d'une part, la société d'autre part.

Il faut donc se poser immédiatement cette question : la science du droit appartient-elle au groupe des sciences de la nature, ou au groupe des sciences de la société ? Et cela revient à se demander si le droit est un phénomène naturel, ou un phénomène social.

A vrai dire, il n'est pas possible d'opposer ainsi nature et société sans autre explication : et en effet, ne peut-on pas penser la société, comprise comme la vie en commun réelle d'êtres humains, comme un secteur de la vie en général, et par là-même comme un élément constitutif de cet ensemble, — la nature ? Et le droit — ou, si l'on veut, ce que l'on s'accorde immédiatement à considérer comme tel — ne paraît-il pas se situer dans le domaine de la nature, exister d'une existence purement et simplement naturelle, tout au moins par une partie de son être ? Que l'on analyse en effet un fait quelconque qui est interprété comme de nature juridique ou comme ayant rapport au droit, — par exemple, une résolution de Parlement, un acte administratif, un jugement, un contrat, ou bien un délit ; on pourra distinguer deux éléments : le premier est un acte, ou une série d'actes perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et dans l'espace, c'est un processus extérieur

de comportement humain; l'autre élément est la signification de l'acte au regard et en vertu du droit. Des hommes se réunissent dans une salle, ils prononcent des discours, les uns lèvent la main, les autres ne la lèvent pas, — voilà le processus extérieur. Juridiquement, il signifie qu'une loi est votée, que du droit est créé; — c'est la distinction absolument courante pour le juriste entre la procédure de législation d'une part, et son produit, la loi, d'autre part. Autres exemples : un homme, revêtu d'une robe et assis sur un siège surélevé, prononce certaines paroles à l'adresse d'un homme placé devant lui. Selon le droit, ce processus extérieur signifie qu'il vient d'être rendu un jugement. Ou encore : un commerçant écrit à un autre commerçant une lettre d'un certain contenu, l'autre lui répond par une autre lettre : ils ont conclu un contrat. Ou enfin : un homme provoque, par telle ou telle action, la mort d'un autre homme; traduction juridique : il a commis un meurtre.

3. — SIGNIFICATION SUBJECTIVE ET SIGNIFICATION OBJECTIVE DES ACTES. LEUR AUTO-INTERPRÉTATION (*Selbstdeutung*).

La signification juridique d'un acte n'est pas une propriété qui se laisse sans plus saisir en lui, considéré comme un fait extérieur, par les sens, — la vue ou l'ouïe —, à la façon dont sont perçues, par exemple, les propriétés naturelles des corps, telles que couleur, dureté, poids. Sans doute, l'homme qui fait l'acte, et qui agit de façon rationnelle, associe à son acte une certaine signification, qui s'exprime ou traduit d'une façon ou d'une autre, et qui est comprise par d'autres hommes : c'est ce que nous appellerons la « signification subjective » des actes. Leur « signification objective » étant celle qui leur est donnée par le droit, celle qu'ils ont selon le droit, en droit.

Très fréquemment, la signification subjective d'un acte et sa signification objective coïncident; mais pas toujours ni nécessairement. Voici une personne qui confectionne un acte écrit par lequel elle entend régler le sort de son patrimoine pour le temps qui suivra sa mort. Subjectivement, elle veut et pense faire son testament. Mais si l'acte qu'elle fait présente, par exemple, des vices de forme, s'il n'a pas été fait dans les formes exigées par la loi, objectivement, en droit, il ne constituera pas un testament. Autre exemple : une organisation secrète s'est donné comme objectif de

délivrer la patrie d'hommes qu'elle considère comme traîtres ou nocifs à la cause qu'elle défend; elle condamne un de ces hommes à mort. Subjectivement, elle tient sa décision pour un arrêt de condamnation à la peine capitale, et elle la présente comme telle, sous cet intitulé. Objectivement, en droit, la décision n'a absolument pas ce caractère; et l'acte de l'agent que l'organisation a chargé d'exécuter cette décision n'est assurément pas l'exécution d'un jugement de condamnation, mais un meurtre de Sainte-Vehme, — bien que les faits matériels soient absolument identiques dans l'une et l'autre des deux opérations.

Il est possible et il arrive effectivement que des actes qui se traduisent par des paroles ou par un écrit, — en mots —, portent eux-mêmes quelque assertion relative à leur signification juridique. Il y a là une particularité des matériaux qui sont donnés à la connaissance juridique. Aux savants qui les étudient, les choses ne prétendent rien faire savoir sur elles-mêmes; elles ne cherchent pas à s'expliquer elles-mêmes scientifiquement. Tout au contraire, un acte de conduite humaine peut très bien apporter une « auto-interprétation », une interprétation de soi-même (*Selbstdeutung*), c'est-à-dire une assertion relative à ce qu'il signifie juridiquement. Par exemple, les hommes qui sont réunis pour constituer un Parlement déclareront expressément qu'en faisant ceci ou cela, ils votent ou décident une loi; celui qui rédige ses dispositions de dernière volonté écrira en tête : « ceci est mon testament »; deux individus qui passent un accord sur un objet d'intérêt juridique déclareront que, ce faisant, ils concluent un contrat. Ainsi, ceux qui visent à connaître le droit se trouvent parfois en présence d'une interprétation des matériaux par eux-mêmes (c'est-à-dire les matériaux), qui anticipe et empiète sur l'interprétation que la connaissance juridique a mission de donner.

4. — LA NORME.

a) *La norme, schéma d'interprétation.*

Ces faits extérieurs qui représentent, selon leur signification objective, des actes de droit (*Rechtsakte*) — ou des actes contre le droit, des actes illicites (*Unrechtsakte*) — sont toujours des événements perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et dans l'espace : ils appartiennent

donc au règne de la nature et sont comme tels régis par le principe de causalité. Seulement en tant qu'événements, c'est-à-dire considérés comme des éléments du système nature, ils ne sont pas objet d'une connaissance spécifiquement juridique et, par suite, ne sont en aucune manière quelque chose de juridique. Ce qui imprime à ces actes le caractère d'actes de droit — ou d'actes contre le droit —, ce n'est pas ce qu'ils sont effectivement dans leur matérialité, ce n'est pas leur réalité naturelle, c'est-à-dire déterminée causalement et incluse dans le système de la nature; c'est seulement le sens objectif qui y est associé, c'est la signification qui est la leur. Un sens spécifiquement juridique, leur signification de droit caractéristique, les faits en question les reçoivent de normes qui ont trait à eux; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elles. Ces normes remplissent la fonction de schémas d'interprétation. En d'autres termes : un jugement qui énonce qu'un acte de conduite humaine qui a été réalisé en un certain lieu et en un certain temps est un acte de droit — ou un acte contre le droit — représente le résultat d'une interprétation d'un genre particulier : une interprétation normative. L'idée qu'un tel acte constitue un événement naturel exprime, elle aussi, une interprétation; mais une interprétation qui n'est pas normative mais d'un type différent : une interprétation causale.

On observera que les normes qui confèrent à un acte la signification d'acte de droit — ou d'acte contre le droit — sont elles-mêmes créées au moyen d'actes de droit, et qu'à leur tour ces actes reçoivent leur signification juridique d'autres normes. Mais revenons à des exemples précédemment évoqués : qu'un fait constitue juridiquement l'exécution d'un jugement de condamnation à mort, et non un meurtre, cette qualité — qui n'est du tout une qualité perceptible par les sens — n'apparaît qu'à la suite d'un processus intellectuel; elle résulte de la confrontation de ce fait avec le Code pénal et le Code de procédure pénale. Qu'un échange de lettres signifie juridiquement la conclusion d'un contrat, cela résulte uniquement et exclusivement de ce que ce fait tombe sous certaines dispositions du Code civil. Qu'un document écrit soit un testament valable, non pas seulement dans l'esprit de son auteur, subjectivement, mais également selon le droit, objectivement, cela résulte du fait qu'il répond aux conditions auxquelles il peut,

d'après les dispositions de ce Code, valoir comme testament. Qu'une réunion d'hommes soit un Parlement, et que le résultat de son activité soit juridiquement une loi obligatoire, en d'autres termes : que les processus en question aient cette signification, cela signifie uniquement que cet ensemble de faits, ce processus correspondent aux normes de la Constitution. Dans toutes ces hypothèses, la donnée essentielle est qu'il y a concordance du contenu d'un processus effectif avec le contenu d'une norme dont on admet qu'elle est valable.

b) Normes et création de normes.

La connaissance juridique a pour objet les normes qui ont le caractère de normes juridiques et qui confèrent à certains faits le caractère d'actes de droit (ou d'actes contre le droit). En effet, le droit, qui forme l'objet de cette connaissance, est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains.

Le mot « norme » exprime l'idée que quelque chose *doit* être ou se produire, en particulier qu'un homme *doit* se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui.

Et l'on peut dire que des actes portent en intention sur la conduite d'autrui quand ils ont pour signification, soit d'ordonner (ou commander) cette conduite, soit également de la permettre, et en particulier de l'habiliter, c'est-à-dire de conférer à l'autre un certain pouvoir, en particulier le pouvoir de poser lui-même des normes.

Entendus en ce sens, ce sont des actes de volonté. Lorsqu'un homme exprime par un acte quelconque la volonté qu'un autre homme se conduise d'une certaine façon, lorsqu'il commande ou permet cette conduite ou l'habilite, on ne peut pas analyser la signification de son acte en énonçant que l'autre se conduira de telle façon ; ce qu'il faut énoncer, c'est que l'autre *doit* se conduire de cette façon. Celui qui ordonne, permet ou habilite, veut ; celui à qui le commandement s'adresse ou celui à qui est donnée la permission ou l'habilitation doivent (*sollen*).

Il faut souligner immédiatement qu'en écrivant ces dernières propositions, on donne au verbe « devoir (*sollen*) » une signification plus large que sa signification habituelle. Dans

le langage usuel, c'est seulement au commandement que l'on fait correspondre un « devoir (*Sollen*) »; à la permission, l'on fait correspondre un « avoir le droit de (*Dürfen*) »; à l'habilitation enfin, un « pouvoir (*Können*) ». Au contraire, tel qu'on vient de l'employer, ce terme « devoir (*sollen*) » désigne la signification normative de tout acte qui se rapporte en intention à la conduite d'autrui. « Devoir (*sollen*) » comprend donc aussi « avoir le droit (*dürfen*) » et « avoir le pouvoir (*können*) ». Car, aussi bien que commander, une norme peut permettre et, en particulier, donner pouvoir. Si celui auquel une certaine conduite est prescrite, ou celui auquel une certaine conduite est permise, ou celui qui est habilité veut demander quel est le fondement de la situation qui en résulte pour lui — celle de sujet d'un devoir, d'une permission ou d'un pouvoir — (il ne s'agit pas de déterminer la cause de l'acte portant prescription, permission ou habilitation!), la seule question qu'il puisse poser est celle-ci : pourquoi dois-je me conduire de telle façon; ou, en usant de la terminologie courante : pourquoi dois-je ou pourquoi ai-je le droit, ou pourquoi ai-je le pouvoir de me conduire de telle façon? Une « norme » est la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée.

Il faut distinguer nettement cette « norme » de l'acte de volonté qui la pose : elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d'autrui; elle est cependant autre chose que cet acte. Et en effet la norme est un « devoir être (*Sollen*) », alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un « être (*Sein*) ». D'où, il s'ensuit que la façon correcte d'exprimer l'ensemble des données qu'apporte un tel acte de volonté consistera à dire : *A* veut que *B* doive se conduire de telle façon. La première partie de la proposition se rapporte à un *Sein*, le fait réel (*Seins-Tatsache*) de l'acte de volonté; la seconde partie, à un *Sollen*, à une norme qui est la signification de cet acte. C'est pourquoi il n'est pas vrai, contrairement à ce que l'on avance fréquemment que la proposition qui affirme qu'un individu doit faire ou ne pas faire quelque chose signifierait simplement ou uniquement qu'un autre individu veut qu'il fasse ou qu'il ne fasse pas ce quelque chose; ce qui revient à admettre que l'affirmation d'un « devoir être » se laisserait réduire à l'affirmation d'un « être ».

La différence entre *Sein* et *Sollen*, « être » et « devoir » ou « de-

voir être », ne peut pas être expliquée davantage. Elle est donnée à notre conscience de façon immédiate (1). Personne ne peut nier que l'assertion que ceci ou cela « est », — c'est l'assertion qui décrit un fait positif — est essentiellement différente de la proposition que quelque chose « doit être », — c'est l'assertion qui décrit une norme; et personne ne peut nier que, du fait que quelque chose est, il ne peut pas suivre que quelque chose doive être, non plus qu'inversement de ce que quelque chose doit être, il ne peut pas suivre que quelque chose est (2).

Ce dualisme de l'« être » et du « devoir être », de l'indicatif et du normatif, n'implique cependant en aucune façon qu'il n'y ait aucune relation entre *Sein* et *Sollen*, qu'ils existent simplement côte à côte comme deux mondes absolument séparés. On dit : un *Sein* peut correspondre à un *Sollen*, — autrement dit : quelque chose peut être tel qu'il doit être, et l'on dit : le *Sollen* tend vers un *Sein*, quelque chose doit « être ». Mais la formule qu'un *Sein* correspond à un *Sollen* n'est pas tout à fait correcte; en vérité, ce n'est pas le *Sein* qui correspond au *Sollen*; c'est le « quelque chose » qui, une fois, « est », qui correspond au « quelque chose » qui, l'autre fois, doit être, — ce « quelque chose » que l'on peut, d'un terme figuré, qualifier de contenu du *Sein* ou de contenu du *Sollen*. On peut exprimer cette même idée d'autre façon encore : en disant qu'un certain quelque chose, en particulier une certaine conduite, peut avoir, soit la propriété d'être, soit la propriété de devoir être. Dans la proposition : la porte est fermée, la fermeture de la porte

(1) De la notion de *Sollen*, de « devoir », on peut dire ce que George Edward Moore dit de la notion de « bien » (*Principia Ethica*, Cambridge, 1922, p. 7 et s.) : « « bien » est une notion simple, exactement comme « jaune » est une notion simple. » Une notion simple n'est pas susceptible d'être définie, ni — cela revient au même — d'être analysée. — Pour éviter tout malentendu, il faut affirmer que l'assertion que la distinction entre *Sein* et *Sollen* est donnée immédiatement à notre conscience ne signifie en aucune façon que le contenu du *Sollen*, ce qui doit être et ce qui est en ce sens « bien », puisse être connu immédiatement par quelque faculté de l'esprit particulière qui serait une « intuition (*Sehau*) » spécifique du bien et du mal (cf. Karl Menger, *Moral, Wille und Weltgestaltung, Grundlegung zur Logik der Sitten*, Vienne, 1934, p. 28). Le contenu du *Sollen*, c'est-à-dire ce qu'un ordre moral ou un ordre juridique positif prescrit, est déterminé par des actes de volonté, et, lorsqu'il est ainsi déterminé est connu.

(2) Arthur N. PRIOR, *Logic and the Basis of Ethics* (Oxford, 1954, p. 18), exprime cette idée en écrivant : « il est impossible de déduire une conclusion éthique de prémisses entièrement non-éthiques ».

est énoncée comme étant; dans la proposition : la porte doit être fermée, elle est énoncée comme devant être. La conduite qui est et la conduite qui doit être ne sont pas identiques; certes, la conduite qui doit être ressemble à la conduite qui est; mais une différence les sépare quand même : la circonstance — ou modalité — que l'une « est existante », alors que l'autre « doit exister ». En conséquence, il faut distinguer la conduite qui « doit être » selon une certaine norme et la conduite effective correspondante. Cependant, il est loisible de comparer la conduite qui est le contenu de la norme, qui y est posée comme devant être, et la conduite effective, et de conclure de cette confrontation que celle-ci correspond à la norme — c'est-à-dire au contenu de la norme — ou au contraire n'y correspond point. Mais il n'en demeure pas moins que la conduite qui « doit être » selon la norme ne peut être la même chose que la conduite effective correspondant, autrement dit : conforme, à la norme.

Il est vrai que de cette conduite qui correspond à la norme, de cette conduite qui est, l'on dit également qu'elle est la conduite qui doit ou qui devrait être, et l'on entend par là qu'elle est telle qu'elle doit ou devait être. L'expression « conduite qui doit être » est équivoque. Elle peut désigner la conduite qui doit être, selon la norme qui la prévoit, et qui doit ou devait être, même lorsqu'elle n'est pas, c'est-à-dire n'est pas effectivement réalisée; mais elle désigne également la conduite réelle, effectivement réalisée, qui correspond au contenu de la norme. Lorsque l'on dit : le *Sollen* tend à un *Sein*, la norme tend à provoquer une conduite effective, c'est à la conduite effective qui correspond au contenu de la norme que l'on pense, au contenu du *Sein*, contenu qui ressemble à celui du *Sollen*, — c'est à la conduite qui est, et qui sans doute ressemble à la conduite statuée par la norme comme devant être, mais qui ne lui est pas identique — en raison du mode différent : *Sein* dans un cas, *Sollen* dans l'autre.

Des actes qui ont pour signification une norme peuvent être réalisés de façon très différente. Par un geste : au moyen de tel mouvement de bras, un agent de la police de la circulation ordonne que l'on doit s'arrêter; au moyen de tel autre mouvement, que l'on doit repartir. Par d'autres symboles : un feu rouge signifie l'ordre aux conducteurs d'automobiles de stopper, un feu vert qu'ils doivent poursuivre leur route. Par des mots prononcés ou écrits : un ordre peut

être donné dans la forme grammaticale de l'impératif, — par exemple : tais-toi; mais il peut également l'être dans la forme d'une proposition énonciative ou indicative, telle que : je t'ordonne de te taire. En cette dernière forme peuvent être données aussi des permissions ou des habilitations. Ce sont là des assertions relatives à l'acte qui signifierait un ordre, une permission, une habilitation; mais les phrases ainsi libellées n'ont pas pour signification une assertion relative à un fait réel, mais une norme qui pose un *Sollen*, c'est-à-dire un ordre, une permission, une habilitation. Il est possible que le Code pénal contienne une phrase de ce genre : le vol sera puni de prison. La signification de cette phrase n'est pas, comme sa lettre paraîtrait l'indiquer, une énonciation relative à un certain événement effectif, mais une norme : à savoir l'ordre de punir ou l'habilitation à punir le vol de prison. La procédure législative est une série d'actes qui, pris tous ensemble, ont la signification de normes.

Lorsque l'on dit que les actes de la procédure législative (1) — et ceci s'appliquerait aussi bien à l'un quelconque des actes que l'on a mentionnés ci-dessus — « créent » ou « posent » des normes, on exprime simplement par une image cette idée que l'acte, ou les actes qui constituent la procédure de législation, ont pour sens ou signification des normes. Cependant, il faut distinguer la signification objective de la signification subjective : « *Sollen* » est la signification subjective de tout acte de volonté d'un homme qui, dans son esprit, tend à obtenir une conduite d'autrui. Mais tout acte de cette sorte ne possède pas, objectivement, cette signification. Ce n'est que lorsqu'il a objectivement aussi la signification d'un *Sollen* que l'on qualifie le *Sollen* de « norme ». Dire que le sens objectif de l'acte est lui aussi un « *Sollen* » (c'est-à-dire que quelque chose doit être), c'est exprimer l'idée que la conduite que l'acte vise à déterminer est considérée comme devant avoir lieu, non plus seule-

(1) Je ne puis en effet maintenir l'idée que j'avais défendue antérieurement que les actes de vote qui constituent la résolution majoritaire par laquelle une loi est mise en vigueur ne doivent pas nécessairement être des actes de volonté, étant donné que beaucoup des votants ne connaissent pas ou ne connaissent que d'une façon tout à fait insuffisante le contenu de la loi pour laquelle ils votent, et que le contenu de la volonté doit être connu par celui qui veut. Lorsqu'un membre du Parlement vote pour l'adoption d'un projet de loi dont il ne connaît pas le contenu, le contenu de sa volonté est une manière d'habilitation. Ce votant veut que devienne loi quoi que ce soit que contient le projet de loi pour lequel il vote.

ment du point de vue de l'individu qui pose l'acte, mais également du point de vue des tiers désintéressés; cela, même lorsque, dans la réalité, le vouloir qui signifie subjectivement un *Sollen* a cessé d'exister, lorsqu'avec la volonté ne disparaît pas également la signification, c'est-à-dire le *Sollen*, — lorsque le *Sollen* « vaut » également après que le vouloir a cessé d'exister, bien plus lorsqu'il vaut alors même que l'individu sur la conduite duquel porte l'acte de volonté ne sait absolument rien de cet acte ni de sa signification, et est cependant considéré comme obligé ou autorisé à se conduire conformément au *Sollen* de l'acte. Alors le *Sollen* est, en tant que *Sollen* objectif, une « norme » qui « vaut », qui « est en vigueur », qui lie le destinataire. Tel est le cas lorsqu'une norme attribue cette signification objective à l'acte de volonté qui pose un *Sollen*, lorsque cet acte est habilité par une norme, qui est pour cette raison considérée comme une norme « supérieure ». L'injonction qu'un gangster adresse à une personne de lui remettre une certaine somme d'argent a la même signification subjective que l'ordre de même contenu émanant d'un fonctionnaire de l'Administration fiscale, à savoir que celui à qui le commandement est adressé doit payer une certaine somme d'argent. Mais, seul des deux, l'ordre du fonctionnaire du fisc a signification de norme valable obligeant le destinataire, seul il est un acte créateur de norme; l'ordre du gangster n'a pas ces caractères; et cette différence résulte de ce qu'une loi fiscale confère ce pouvoir à l'acte du fonctionnaire du fisc, alors que l'acte du gangster ne repose pas sur une semblable norme qui lui conférerait pouvoir (1). De même, si l'acte de législation, qui a subjectivement la signification

(1) Cf. *infra*, p. 54. Ernst MALLY, *Grundgesetze des Sollens, Elemente der Logik des Willens*, Graz, 1926, définit le *Sollen* comme le sens du *Wollen*, du vouloir (p. 10). Ce qui est ici présenté comme une distinction entre le *Sollen* en tant que signification subjective et le *Sollen* en tant que signification objective d'un acte de volonté, Mally le présente comme une distinction entre le *Sollen* et le *Sollen* « réel ». Il y a « *Sollen* réel », d'après Mally, lorsque l'on introduit la notion de possession d'un droit (*Berechtigung*). En disant que quelque chose doit être, on ne dirait pas encore que « quelque chose doit effectivement être. Mais, de cela dépend toute possession d'un droit. Une exigence — également au sens subjectif du mot — qui est l'objet d'un droit est évidemment elle-même en quelque sens conforme à l'exigence, elle est conforme à un *Sollen*; il ne peut exister un véritable droit que si ce *Sollen* existe effectivement... *Il y a (au moins) un contenu de fait qui doit être réellement* » (p. 18). En somme, ce que j'appelle le *Sollen* en tant que signification objective d'un acte, Mally l'appelle le *Sollen*

d'un *Sollen*, a cette signification objectivement aussi, c'est-à-dire s'il a le sens d'une norme valable, c'est parce que la Constitution le lui confère. L'acte de législation constitutionnelle a un sens normatif objectivement aussi, s'il est présupposé que l'on doit se conduire comme le législateur constituant le prescrit. Un homme qui se trouve dans le besoin demande à un autre homme de l'aider, parce qu'il pense que cet autre a le devoir de l'aider. Mais il n'existe en ce cas une norme objectivement valable qui oblige celui à qui la demande est adressée que si vaut la norme générale de l'amour du prochain, posée par exemple par le fondateur d'une religion, et cette norme générale ne vaut objectivement comme norme obligatoire que s'il est supposé que l'on doit se conduire comme le fondateur de religion l'a commandé. On appellera désormais une telle hypothèse, qui fonde la validité objective : norme fondamentale (1). La validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se conduire conformément à la signification subjective de l'acte de volonté d'un autre homme concernant sa conduite ne résulte donc pas du fait positif, réel, qu'est cet acte de volonté; elle résulte, elle ne peut résulter que d'une autre norme.

Des normes par lesquelles une conduite est déclarée obligatoire ou permise ou habilitée peuvent aussi être posées par des actes qui constituent le fait de la coutume. Lorsque des hommes vivant en société se conduisent pendant un certain temps d'une façon identique dans certaines conditions identiques, la volonté peut naître chez les individus, pris distinctement, de se comporter comme les membres de la collectivité ont coutume de se comporter. Initialement, les actes qui constituent le fait de la coutume n'ont pas signification subjective de *Sollen*. C'est seulement quand ces actes se sont répétés pendant un certain temps que naît chez l'individu pris isolément la représentation qu'il doit se conduire comme les membres de la communauté ont l'habitude de le faire, et la volonté que les autres membres

« réel ». Mais cette expression est une contradiction en elle-même, si par « fait » on entend quelque chose qui est.

Si l'on n'entend par validité « objective » d'une norme rien d'autre que ce qui est appelé ainsi dans le texte ci-dessus, la remarque d'Alf Ross, « *Imperatives and Logic* », *Philosophy of Science*, vol. II, 1944, p. 36, que « la croyance en une validité objective a sa place dans le débarras des métaphysiques morales-religieuses » n'est pas exacte.

(1) Cf. *infra*, p. 255 et s.

du groupe adoptent cette même conduite. Si un membre du groupe ne le fait pas, sa conduite est blâmée par les autres, parce qu'il ne se conduit pas comme ceux-ci le veulent. C'est ainsi que le fait de la coutume devient une volonté collective ayant la signification subjective de *Sollen*. Mais cette signification subjective des actes qui fondent la coutume ne peut être interprétée comme une norme objectivement valable que si une norme supérieure institue la coutume comme fait créateur de normes. Le fait appelé coutume, résultant d'un ensemble d'actes humains, les normes créées par voie de coutume sont, elles aussi, posées par des actes de conduite humaine; et par conséquent ce sont des normes posées (*gesetzt*) c'est-à-dire positives, au même titre que les normes qui constituent la signification subjective d'actes de législation. La coutume peut créer des normes morales aussi bien que des normes juridiques. Des normes créées par la coutume sont normes juridiques lorsque la Constitution de la collectivité institue la coutume, et plus précisément une coutume présentant certains caractères déterminés, comme fait créateur de droit.

Enfin, il faut observer qu'une norme peut être autre chose que la signification d'un acte de volonté; en tant que donnée significative, elle peut être aussi le contenu d'un pur acte de pensée. Certaines normes sont voulues; d'autres sont simplement pensées, sans être voulues. Celles-ci ne sont pas des normes posées, des normes positives. Ainsi donc, toute norme n'est pas nécessairement posée; des normes peuvent être simplement supposées en pensée (1).

c) *Validité et domaine de validité des normes*

Par le mot « validité (*Geltung*) », nous désignons le mode d'existence spécifique des normes. Lorsque nous voulons exprimer le sens ou la signification d'un acte qui pose une norme, nous disons : par cet acte, tel comportement humain est ordonné, prescrit, commandé, défendu; ou, au contraire tel comportement est permis, autorisé, habilité, (*ermächtigt*). Si, comme nous l'avons proposé dans les pages précédentes, nous employons le mot « *Sollen* » en un sens qui englobe toutes ces significations, nous pouvons exprimer l'idée de la validité d'une norme en disant : quelque chose doit être ou être fait, ou : quelque chose ne doit pas être ou ne doit pas être

(1) Cf. *infra*, p. 31.

fait. Si l'on dénomme « validité » l'existence spécifique des normes, ce texte exprime donc la façon particulière dont elles sont données, et qui diffère du *Sein* des faits naturels. L'« existence » d'une norme positive, sa validité, est chose distincte de l'existence de l'acte de volonté dont elle constitue la signification objective. La norme peut valoir alors que cet acte de volonté n'existe plus. Il faut même aller beaucoup plus loin : la norme n'acquiert validité, elle n'entre en vigueur, qu'à un moment où cet acte de volonté a cessé d'exister. Pour que la norme juridique qui constitue la signification de l'acte de volonté demeure en vigueur, continue de « valoir », il n'est pas nécessaire que l'individu qui a créé cette norme par cet acte qui porte en intention sur la conduite d'autres individus, continue à vouloir cette conduite. Lorsque les hommes qui remplissent la fonction d'organe de législation ont adopté une loi qui règle tels ou tels objets et l'ont ainsi mise en vigueur, ils se consacrent dans leurs délibérations et résolutions à la réglementation d'autres objets; et les lois mises en vigueur par eux continuent de valoir en un temps où ces hommes sont morts depuis longtemps, c'est-à-dire ne peuvent plus vouloir quoi que ce soit. Par conséquent, il n'est pas exact de dire des normes en général, des normes juridiques en particulier, qu'elles sont « la volonté » ou le « commandement » (l'ordre) — du législateur ou de l'Etat —, si par « volonté » ou « commandement (ou ordre) », on entend l'acte psychique de volonté (1).

Puisque la validité d'une norme constitue un *Sollen*, et non un *Sein*, elle est quelque chose de différent de son efficacité, c'est-à-dire du fait de *Sein* que la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie (*befolgt*), que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement. Affirmer qu'une norme vaut, est valable, n'équivaut pas simplement à constater le fait qu'elle est appliquée et suivie effectivement. Toutefois, il peut exister une certaine corrélation entre validité et efficacité. On ne considère une norme juridique comme objectivement valable que si la conduite humaine qu'elle règle y correspond effectivement,

(1) Cf. Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 29 sqq. La thèse qui est exposée là que la validité d'une norme n'est pas un fait psychologique et n'est par suite pas un commandement, en tant qu'acte de volonté psychique, et qu'il faut distinguer la validité des normes de leur efficacité, gagne en clarté lorsque, comme dans le texte ci-dessus, l'on caractérise la norme comme la signification d'un acte de volonté.

tout au moins jusqu'à un certain point. Une norme qui n'est appliquée ni suivie nulle part ni jamais, c'est-à-dire une norme qui, comme on s'exprime habituellement, ne bénéficie pas d'un minimum d'« efficacité », n'est pas reconnue comme une norme juridique objectivement valable. Un minimum d'« efficacité » est donc une condition de la validité des normes juridiques.

Par contre, pour qu'il s'agisse véritablement d'une norme, il faut qu'existe la possibilité d'une conduite non-conforme. Une norme qui prescrirait que doit avoir lieu un fait (au sens le plus large) dont on sait par avance qu'en vertu d'une loi naturelle il aura nécessairement lieu toujours et partout, aurait aussi peu de sens qu'une norme qui prescrirait que doit avoir lieu un fait dont on sait par avance qu'une loi naturelle exclut absolument qu'il puisse avoir lieu.

Validité et efficacité des normes juridiques ne coïncident pas non plus dans le temps. Les normes juridiques entrent en vigueur avant même qu'elles ne deviennent effectives, c'est-à-dire avant même qu'elles ne soient suivies et appliquées; lorsqu'un tribunal applique dans un cas concret une loi qui vient seulement d'être édictée, il applique une norme juridique valable, alors que cependant elle ne peut pas être déjà devenue effective.

Mais lorsqu'une norme juridique demeure dépourvue d'efficacité d'une façon durable, elle n'est plus considérée comme valable. Ainsi, l'efficacité est une condition de la validité des normes juridiques en tant qu'il faut qu'elle s'ajoute à leur édictation pour qu'elles ne perdent pas leur validité.

Précisons ce qu'il faut entendre exactement par l'efficacité des normes juridiques. Lorsqu'une norme juridique attache à la condition d'une certaine conduite la conséquence d'une sanction, faisant ainsi de la conduite en question un délit, on devra dire que cette norme est « efficace », soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction.

Sur les relations de ces deux modalités de l'efficacité on observera ceci : la prévision de sanctions ayant pour but de prévenir l'accomplissement de délits, c'est-à-dire l'adoption de la conduite qui doit entraîner une sanction, le cas idéal de validité d'une norme juridique est réalisé si celle-ci ne vient absolument pas à application, parce que la repré-

sensation de la sanction qui interviendrait en cas de délit détermine tous les sujets soumis à l'ordre juridique à ne pas commettre ce délit. En ce cas, l'efficacité de la norme juridique se réduit au fait qu'elle est suivie ou obéie par ceux sur la conduite desquelles elle porte. Mais il se peut que cette obéissance à la norme juridique soit provoquée aussi par d'autres motifs, de sorte que ce qui est efficace ne soit pas, à proprement parler, la représentation de la norme juridique dans l'esprit des sujets, mais la représentation d'une norme religieuse ou d'une norme morale.

On reviendra ultérieurement sur cette très importante question du rapport entre validité et « efficacité » des normes juridiques (1).

Si, en disant qu'une norme se rapporte à une certaine conduite, on songe à la conduite qui constitue le contenu de cette norme, il faut observer que les normes peuvent se rapporter à des données autres que la conduite humaine, mais elles ne s'y rapportent qu'en tant que ces données constituent des conditions ou des effets du comportement humain. Ainsi de la norme juridique qui disposerait que, si une catastrophe naturelle survient, les personnes qu'elle n'atteint pas directement sont obligées de secourir ses victimes dans toute la mesure possible. De même, quand la loi punit de mort le meurtre, ni le fait délictueux ni la sanction ne consistent exclusivement en une certaine conduite humaine, la conduite qui tend à ôter la vie à un autre homme; ils incluent encore un effet de cette conduite: la mort d'un homme, phénomène qui n'est pas une action humaine, mais un processus physiologique.

Etant donné que la conduite humaine, et de même ses conditions et ses effets, se déroulent dans l'espace et dans le

(1) Cf. *infra*, p. 281 sqq. En concluant de ce qu'une norme efficace jusqu'à un certain point est valable, que la validité et l'efficacité sont identiques, on commet la même faute logique que l'on commet lorsque de l'idée que le « plaisir » et seul le « plaisir » serait « bon », on conclut que « le bien » est identique au « plaisir ». Moore (*op. cit.*, p. 10) propose d'appeler cette faute logique le « sophisme naturaliste (*naturalistic fallacy*) ». « Il peut être exact que toutes les choses qui sont bonnes sont aussi quelque chose d'autre (par exemple qu'elles sont agréables)... Mais de beaucoup trop nombreux philosophes ont pensé que lorsqu'ils nommaient ces autres propriétés, ils étaient en train de définir réellement le bon, le bien; que ces propriétés, en fait, étaient simplement, non pas « autres », mais absolument et entièrement la même chose que le caractère de bien. C'est cette vue que je propose d'appeler le « sophisme naturaliste »... »

temps, il faut que la norme détermine et l'espace et le temps où se produisent les faits qu'elle vise. On peut dire qu'en tant que les normes réglant la conduite humaine en général, et par conséquent les normes juridiques en particulier, portent sur des processus spatio-temporels, la validité de ces normes a un caractère spatio-temporel. Affirmer qu'une norme vaut, c'est toujours affirmer qu'elle vaut pour un certain espace et pour un certain temps; c'est-à-dire qu'elle se rapporte à une conduite qui nécessairement, aura lieu et quelque part et à un moment donné (à supposer qu'elle se réalise effectivement).

La relation d'une norme à l'espace et au temps constitue le domaine de validité spatial et temporel de cette norme; ce domaine de validité peut être soit limité, soit illimité. Il se peut en effet qu'une norme ne règle que des faits qui se déroulent à l'intérieur d'un espace déterminé et d'une période de temps déterminée — c'est la norme elle-même ou c'est une norme supérieure qui définit cet espace et ce temps : alors, elle vaut pour cet espace seulement et pour ce temps seulement. Mais il se peut également qu'au contraire une norme se rapporte aux faits qu'elle définit, en quelque lieu et à quelque époque qu'ils puissent se produire : la norme entend valoir partout et toujours, — tel est le cas des normes qui ne contiennent aucune détermination particulière d'espace ni de temps, alors qu'aucune autre norme supérieure ne limite par ailleurs leur domaine de validité spatial ou temporel. On ne peut pas dire qu'en ce cas la validité des normes soit a-spatiale et in-temporelle; la vérité est qu'elles valent pour un espace, mais pour un espace indéterminé, pour un temps, mais pour un temps indéterminé; leur domaine de validité spatial et temporel est illimité.

Le domaine de validité des normes est un élément de leur contenu, ce contenu pouvant d'ailleurs, nous aurons à revenir sur ce point (1), être réglé par avance, au moins partiellement, par une autre norme, une norme supérieure.

Relativement au domaine de validité temporel des normes positives, on doit distinguer le temps qui suit le moment où elle est posée et le temps qui précède ce moment. D'une façon générale, les normes ne se rapportent qu'à des comportements futurs; il est cependant possible qu'elles se rapportent également à des comportements passés. On dit en

(1) Cf. *infra*, p. 299^{sqq.}

ce cas qu'elles ont effet rétroactif. C'est ainsi, tout d'abord, qu'une norme juridique qui prévoit qu'un certain acte aura pour conséquence une sanction pénale contre l'auteur de l'acte, peut disposer que la peine sera encourue même par les personnes qui auront commis cet acte érigé en délit avant le moment où la norme a été posée (1). En ce cas, c'est la conduite qui constitue la condition de l'acte de contrainte qui se situe dans le passé; l'acte de contrainte lui-même aura lieu dans l'avenir. Mais il est pour les normes juridiques une autre façon encore de se rapporter au passé, et non pas seulement à l'avenir, — qui est de s'y rapporter par l'acte de contrainte qu'elles prévoient lui-même. Ainsi une norme qui disposerait que des actes de contrainte qui ont été effectivement accomplis dans le passé sans avoir été prescrits par une norme, c'est-à-dire sans avoir le caractère de sanction, devaient être posés dans le passé; il résulterait d'une telle disposition que désormais ces actes de contrainte seront considérés comme ayant été prévus par une norme et présenteront de ce fait le caractère de sanction. On trouve un exemple d'une semblable disposition, sous le régime national-socialiste, en Allemagne : certains actes de contrainte qui constituaient juridiquement des meurtres, à l'époque où ils avaient été réalisés, ont été légitimés après coup comme sanctions, avec effet rétroactif, ce qui conférerait *a posteriori* aux actes qui les avaient conditionnés le caractère de délits. Il est également possible que des normes juridiques annulent avec effet rétroactif la validité de normes juridiques qui avaient été posées avant leur propre édicition, de sorte que les actes de contrainte qui avaient été accomplis à titre de sanctions sous l'empire d'une norme antérieure sont destitués après coup de leur caractère de peine ou d'acte d'exécution forcée et qu'en conséquence, les actions humaines qui avaient conditionné ces actes perdent après coup leur caractère de délits. On citera l'exemple d'une loi édictée par un gouvernement arrivé au pouvoir par une révolution et qui abrogerait avec effet rétroactif une loi édictée par le gouvernement pré-révolutionnaire sur la base de laquelle certaines actions accomplies avant la révolution par des membres du parti révolutionnaire avaient été punies comme crimes politiques. Sans doute ne peut-on pas faire que ce qui s'est passé ne se soit pas passé, mais l'interprétation normative de ces événements qui ont eu lieu peut

(1) Cf. *infra*, p. 152 sqq.

être modifiée après coup, en vertu de normes édictées peut-être très longtemps après le moment où ils ont eu lieu.

Les normes n'ont pas seulement un domaine de validité spatial et temporel; elles ont encore un domaine de validité personnel et un domaine de validité réel (ou matériel). En effet, la conduite que règlent les normes est une conduite humaine, la conduite d'hommes; de sorte que dans toute conduite déterminée par une norme, on peut distinguer un élément personnel: l'homme qui doit se conduire d'une certaine façon, et un élément matériel: la façon dont il doit se conduire. Ces deux éléments sont indissolublement unis l'un à l'autre. Il faut remarquer à cet égard que ce n'est jamais l'homme comme tel qui est saisi par les normes, qui y est soumis: c'est toujours uniquement une certaine conduite de cet individu. Le domaine de validité personnel se rapporte à l'élément personnel de la conduite qui est définie par la norme. Ce domaine de validité peut, lui aussi, être soit limité, soit illimité. Un ordre moral peut avoir la prétention de valoir pour tous les êtres humains: en d'autres termes, ses normes définissent la conduite de tout homme, et non pas seulement celle d'individus présentant les caractères définis par l'ordre. On exprime habituellement ce fait en disant que l'ordre en question s'adresse à tous les hommes. Par contre, l'ordre juridique étatique porte seulement sur la conduite des individus qui vivent sur le territoire de l'Etat ou sur celle des nationaux, où qu'ils vivent. On dit que les normes du droit étatique ne règlent la conduite que des groupes d'hommes ainsi déterminés, que seuls ces hommes lui sont soumis; en d'autres termes, le domaine de validité personnel de cet ordre juridique est limité à ces individus.

La notion de domaine de validité objectif ou matériel se rapporte aux différents secteurs de la conduite humaine que l'ordre juridique peut régler: ainsi la conduite économique, la conduite religieuse, la conduite politique, etc... Des normes qui déterminent la conduite économique des individus, on dit qu'elles règlent l'économie; des normes qui déterminent leur conduite religieuse, qu'elles règlent la religion, etc... On parle des différents objets de la réglementation, et l'on entend par là les différents secteurs de la conduite auxquels les normes se rapportent. Ce que règlent les normes d'un ordre, ce sont toujours des comportements humains; seul le comportement humain peut être réglé par des normes. Comme on l'a déjà noté, les faits autres que de conduite humaine ne peuvent figurer dans

les normes qu'en connexion avec des faits de conduite humaine, c'est-à-dire uniquement comme conditions ou comme effets d'une conduite humaine. La notion de domaine de validité matériel trouve application par exemple lorsqu'un ordre juridique total se subdivise en plusieurs ordres juridiques partiels dont les domaines de validité respectifs sont délimités les uns par rapport aux autres quant aux objets que chacun pourra régler; tel est le cas, par exemple, dans les Etats fédéraux, où les ordres juridiques des Etats-membres ne peuvent régler que certains objets que la Constitution énumère spécialement; l'ordre juridique de l'Etat supérieur ou central, de « la Fédération », (qui n'est, lui aussi, qu'un ordre juridique partiel) pouvant, lui, régler tous les objets non compris dans cette énumération; ce que le langage habituel exprime en disant que seule la réglementation des objets spécialement énumérés rentre dans la compétence des Etats-membres, la réglementation de tous autres objets rentrant dans la compétence de l'Etat supérieur ou central. Mais le domaine de validité matériel d'un ordre juridique total est toujours illimité, en tant qu'il est de l'essence d'un tel ordre juridique qu'il puisse régler la conduite des individus qui lui sont soumis, dans tous ses plans ou aspects.

d) *Réglementation positive et réglementation négative : ordonner, habiliter, permettre.*

La conduite humaine réglée par un ordre normatif consiste ou bien en une action définie par cet ordre ou en l'abstention d'une telle action. La réglementation de la conduite humaine par un ordre normatif a lieu soit d'une façon positive, soit d'une façon négative.

La réglementation présente un caractère positif, tout d'abord lorsqu'une norme commande à un homme soit une action déterminée soit l'abstention d'une certaine action (ce commandement d'abstention signifiant interdiction, ou défense, de l'action visée). Dire qu'une norme objectivement valable ordonne à un homme un certain comportement équivaut à affirmer que cet homme est obligé au comportement en question. En se conduisant de la façon que la norme lui prescrit, cet individu exécute son obligation, il suit (*befolgt*) la norme; s'il adopte une conduite contraire, il « viole » la norme, ou, — c'est tout un — son obligation.

Il y a également réglementation positive : en second lieu, lorsqu'une norme confère à un individu le pouvoir de provoquer au moyen d'une certaine action des conséquences définies par l'ordre normatif, en particulier — quand l'ordre règle sa propre création — le pouvoir de créer des normes ou de participer à la création de normes ; en troisième lieu, lorsque l'ordre juridique qui prescrit des actes de contrainte confère à un individu le pouvoir d'accomplir ces actes de contrainte, dans les cas où telles ou telles conditions sont données ; et enfin lorsqu'une norme permet à un individu d'agir d'une manière qui, de façon générale, est défendue, la norme en question vient donc limiter le domaine de validité de la norme générale d'interdiction ; telle la norme qui permet aux particuliers d'user de violence envers d'autres particuliers lorsqu'ils se trouvent en état de légitime défense, alors qu'une autre norme prohibe cet emploi de la force de façon tout à fait générale.

Lorsque des hommes agissent comme une norme leur a donné le pouvoir d'agir, ou lorsqu'ils se conduisent d'une façon qui leur est positivement permise par une norme, ils appliquent la norme. Lorsque le juge habilité par la loi rend sa décision — qui constitue une norme individuelle — en se fondant sur la loi, il applique une règle législative à un cas concret ; habilité par une décision juridictionnelle à exécuter une certaine peine, l'organe d'exécution applique la norme individuelle de la décision juridictionnelle. En exerçant une légitime défense, on applique la norme qui permet positivement le recours à la violence en ce cas. Mais il y a également application de normes dans le jugement qui pose ou que des hommes se conduisent ou ne se conduisent pas de la façon que leur commande ou que leur permet positivement une norme, ou bien qu'une norme leur a donné le pouvoir d'agir de la façon dont ils agissent ou au contraire ne le leur a pas donné.

Dans un sens extrêmement large, on peut dire de tout comportement humain qui est prévu dans un ordre normatif comme condition ou comme conséquence qu'il est habilité et qu'il est, en ce sens, réglé de façon positive par cet ordre.

La conduite humaine est réglée d'une façon négative par un ordre normatif lorsque telle action ou telle abstention n'est ni défendue expressément par une de ses normes, ni positivement permise par une norme spéciale dérogatoire à une norme générale de prohibition ; l'action ou l'abs-

tention ne sont alors permises qu'en un sens purement négatif.

Cette fonction purement négative de la permission doit être distinguée de sa fonction positive — positive, parce que consistant en un acte positif. Le caractère positif d'une permission ressort d'une façon particulièrement nette dans le cas où, une norme prohibant une certaine conduite de façon générale, celle-ci devient par exception licite si elle est permise ou autorisée par un organe de la collectivité habilité à donner la permission ou autorisation. La fonction de la permission, sa fonction négative comme sa fonction positive, sont donc essentiellement liées à la fonction d'ordonner. Ce n'est qu'à l'intérieur d'un ordre normatif qui prescrit de certaines conduites humaines qu'une certaine conduite humaine peut être permise.

Le mot « *erlauben* », permettre, est également employé dans le sens de « *berechtigen* », conférer un droit. Lorsque dans les rapports entre A et B, il est prescrit à A de supporter que B se comporte d'une certaine façon, on dit qu'il est permis à B (c'est-à-dire que B a le droit) de se comporter de cette façon. Et lorsqu'il est prescrit à A de prêter à B tel ou tel objet, on dit qu'il est permis à B (c'est-à-dire qu'il a le droit) d'obtenir de A la prestation en question. Alors, dans le premier cas, la phrase « il est permis à B de se conduire de telle façon » a exactement la même signification que la phrase « il est ordonné à A de supporter que B se comporte de telle façon »; et dans le second cas, le contenu de la phrase « il est permis à B d'obtenir telle prestation de A » est exactement équivalent à celui de la phrase : « il est prescrit à A d'effectuer telle prestation à B ». Le « caractère permis » de la conduite de B n'est que la réflexion du « caractère prescrit » de la conduite de A. Ce « permettre » n'est pas une fonction de l'ordre normatif qui serait distincte de celle de « prescrire » (1).

(1) Relativement à ce « permettre » (*Erlauben*, — au sens de « donner le droit (*berechtigen*) », j'avais autrefois rejeté la distinction entre droit prescripteur (*imperative law*), et droit permissif (*permissive law*). — En réalité, cette distinction doit nécessairement être conservée, en considération des autres significations du mot « permettre (*erlauben*) », en particulier lorsque sous le terme « permettre » on entend également « habiliter (*ermächtigen*) », c'est-à-dire conférer un pouvoir. Cf. *infra*, p. 74 et s.

e) *Normes et valeurs.*

Lorsqu'une norme prescrit une certaine conduite, la conduite effective peut soit correspondre à la norme, soit y contredire. Elle correspond à la norme, elle y est conforme, lorsqu'elle est telle qu'elle doit être selon cette norme; elle contredit à la norme lorsqu'elle n'est pas telle qu'elle doit être selon cette norme, c'est-à-dire lorsqu'elle est le contraire d'une conduite conforme à la norme. L'affirmation qu'une conduite effective est telle qu'elle doit être d'après une norme objectivement valable est un jugement de valeur, plus précisément un jugement de valeur positif. Il signifie que la conduite effective est « bonne ». L'assertion qu'une conduite effective n'est pas telle qu'elle doit être selon une norme valable, — étant le contraire d'une conduite conforme à la norme —, est un jugement de valeur négatif. Il signifie que la conduite effective est « mauvaise ». Une norme objectivement valable qui pose qu'une certaine conduite doit avoir lieu fonde une valeur positive et une valeur négative. La conduite accordée à la norme a une valeur positive; la conduite qui y contredit a une valeur négative. La norme considérée comme objectivement valable joue le rôle d'étalon de valeur pour les conduites effectives. Les jugements de valeur — les jugements qui énoncent soit qu'une conduite effective est conforme à une norme considérée comme objectivement valable et est en ce sens bonne, c'est-à-dire d'une valeur positive (*wertvoll*), soit qu'une conduite effective contredit à une telle norme et est en ce sens mauvaise, c'est-à-dire contraire à une valeur (*wertwidrig*) —, doivent être distingués des jugements de réalité, qui énoncent, eux, que quelque chose est et ce qu'il est : ces jugements de réalité ne se réfèrent pas à des normes considérées comme objectivement valables, c'est-à-dire, en dernier ressort, à une norme fondamentale supposée (1).

(1) Moritz SCHLICK, le fondateur de l'école philosophique du positivisme logique affirme dans son écrit : *Fragen der Ethik (Schriften zur wissenschaftlichen Weltauffassung t. 4, Vienne, 1930, p. 11)*, qu'une norme (et en disant cela, il a en vue spécialement les normes morales) « n'est absolument rien d'autre qu'une pure et simple reproduction d'un fait de la réalité; elle indique en effet simplement les circonstances dans lesquelles une action, ou une disposition d'esprit, ou un caractère sont effectivement qualifiés de bons, c'est-à-dire sont appréciées moralement. » L'édictation de normes n'est absolument rien d'autre que l'établissement de la notion du bien que l'éthique entend de connaître ». En conséquence, le jugement qui déclare qu'une conduite

La conduite effective à laquelle se rapporte le jugement de valeur qui forme l'objet de l'appréciation de valeur (*Bewertung*), cette conduite qui représente une valeur positive ou une valeur négative, est un fait réel (*Seins-Faktum*), existant dans le temps et dans l'espace; elle est un élément de la réalité. Seuls des faits réels peuvent, lorsqu'on les confronte à une norme, être jugés conformes à une valeur ou contraires à une valeur, seuls ils peuvent avoir une valeur positive ou une valeur négative. C'est la réalité qui est l'objet des appréciations de valeur (1).

En tant que les normes qui forment la base des jugements de valeur sont posées par des actes de volonté humaine simplement, et non par une volonté supra-humaine, les valeurs qui en découlent ont un caractère arbitraire. Divers actes de volonté humaine peuvent créer des normes qui se contredisent les unes les autres, en ce sens qu'elles fondent des valeurs opposées les unes aux autres. Ce qui est bon au regard de telles normes et de telles valeurs apparaîtra mauvais au regard de telles autres; par conséquent, les normes éta-

correspond à une norme serait un jugement sur des faits. Cette opinion est inexacte pour la raison que le sens de l'appréciation morale, c'est-à-dire le jugement qu'une conduite est bonne, n'est pas l'affirmation d'un fait de la réalité, c'est-à-dire d'un *Sein*, mais celle d'un *Sollen*. Si la norme indique les circonstances dans lesquelles une conduite est bonne, elle ne détermine pas comment une conduite est réellement, mais comment elle doit être. La norme n'est pas une notion, ou, comme dit également Schlick, une définition. La notion de quelque chose, d'un objet, énonce que, si quelque chose a les qualités fixées par la définition de la notion, cet objet tombe sous la notion, c'est-à-dire qu'il est ce que la notion désigne; et s'il n'a pas ces qualités, il ne tombe pas sous la notion, c'est-à-dire qu'il n'est pas ce que la notion désigne. La notion n'énonce pas que quelque chose doit (*soll*) avoir les qualités qui sont fixées dans la définition. La notion de la conduite bonne est celle d'une conduite qui est conforme à une norme. Cette notion contient trois éléments : norme, conduite, être conforme (relation entre conduite et norme). Cette notion n'énonce pas qu'une conduite *doit* (*soll*) être conforme à une norme donnée, mais uniquement que, si elle ne correspond pas à une norme donnée, elle ne rentre pas dans la notion de bonne conduite, et qu'elle n'est par conséquent pas une bonne conduite. Que la conduite *doive* correspondre à la norme est la signification de la « norme », qui est un élément de la notion de bonne conduite, en même temps que la conduite et la « conformité », mais ce n'est pas le sens de la notion. La conduite est bonne, non pas parce qu'elle est conforme à la notion, mais parce qu'elle est conforme à la norme. Elle peut être contraire à la norme, elle ne peut pas être contraire à la notion.

(1) Sur la question de savoir si les normes peuvent être l'objet d'une appréciation par des normes, en particulier sur la question de savoir comment le droit positif peut être apprécié comme juste ou

blies par des hommes, et non par une autorité supra-humaine, ne fondent que des valeurs relatives : une norme humaine qui prescrit une certaine conduite est valable, en vigueur, et fonde une certaine valeur; cela n'exclut pas qu'une norme prescrivant la conduite opposée puisse également valoir, qui fonde par conséquent une valeur opposée. Ainsi une norme qui défend le suicide ou bien le mensonge de façon absolue peut valoir, tout comme peut valoir la norme qui permet ou même prescrit le suicide ou le mensonge dans certaines circonstances, — sans qu'aucune possibilité existe de démontrer rationnellement que seule l'une de ces deux normes opposées peut être considérée comme valable, à l'exclusion de l'autre. On peut considérer comme valable soit l'une soit l'autre norme; il est par contre impossible de les considérer comme valables et l'une et l'autre à la fois.

Mais si l'on conçoit les normes qui fondent les valeurs en prescrivant certaines conduites comme émanant d'une autorité supra-humaine, de Dieu ou de la Nature créée par Dieu, ces normes se présentent alors avec la prétention d'exclure que des normes prescrivant des conduites opposées puissent valoir. On nomme valeurs absolues les valeurs fondées par de telles normes; en opposition aux valeurs que fondent les normes posées par des actes de volonté humaine. Toutefois, pour une théorie scientifique des valeurs, seules entrent en ligne de compte des normes posées par des actes de volonté humaine et des valeurs fondées par elles.

Si les valeurs sont fondées par des normes objectivement valables, si le jugement qui pose qu'une donnée réelle, une conduite humaine effective, est « bonne », c'est-à-dire a une valeur, exprime que la conduite est conforme à une norme objectivement valable, c'est-à-dire qu'elle devait être (telle qu'elle a été); et si le jugement qui pose qu'une telle conduite est « mauvaise », c'est-à-dire contraire aux valeurs exprime au contraire qu'elle contredit à une norme objectivement valable, c'est-à-dire qu'elle n'aurait pas dû être (telle qu'elle a été), alors la valeur s'oppose à la réalité comme le *Sollen* au *Sein*, c'est-à-dire que valeur et réalité appartiennent à deux sphères différentes (1), de même que *Sollen* et *Sein*.

comme injuste, cf. Mon étude « Droit naturel et Justice » in *Le Droit naturel* (3^e volume des *Annales de l'Institut de Philosophie politique*, Paris, 1959).

(1) Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague, 1946, p. 42 et s., adresse au dualisme logique défendu par moi du *Sein* et du *Sollen*, de la réalité et de la valeur, des faits de *Sein* et des normes

Si l'on appelle jugement de valeur la proposition qu'une conduite humaine est en accord avec une norme objectivement valable ou qu'elle y contredit, on doit distinguer les jugements de valeur des normes qui fondent les valeurs. En tant que jugements, ils peuvent être vrais ou faux, étant donné qu'ils se rapportent à des normes d'un ordre valable ou en vigueur. L'assertion que d'après la morale chrétienne il serait bien d'aimer ses amis et de haïr ses ennemis serait fausse, puisqu'un précepte de cette morale ordonne d'aimer, non seulement ses amis, mais également ses ennemis. Le jugement qu'il serait conforme à tel système juridique de prononcer la peine de mort contre les

de *Sollen*, l'objection que ce dualisme est incompatible avec une interprétation normative de faits, avec une appréciation de la réalité. « Si le système de normes doit être du moindre intérêt pour la jurisprudence, cela doit sûrement être parce que d'une façon ou d'une autre, il doit être susceptible d'être utilisé pour une interprétation de la réalité sociale, c'est-à-dire pour déterminer l'accord ou le désaccord de celle-ci avec le système normatif... ». La constatation qu'un fait de *Sein* est conforme à une norme de *Sollen* ou n'y est pas conforme ne serait cependant pas possible si *Sein* et *Sollen* représentaient deux domaines différents. En réalité, l'objection de Ross ne porte pas. Que l'assertion que quelque chose est, ait une signification complètement autre que l'assertion que quelque chose doit être, et que du fait que quelque chose est, il ne suive jamais que quelque chose doit être ou ne doit pas être, de même qu'inversement, du fait que quelque chose doit être, il ne suit jamais que quelque chose doit être ou ne doit pas — c'est en cela que consiste le dualisme logique du *Sein* et du *Sollen* — tout cela n'est nullement incompatible avec le fait que —, comme on l'a déjà précédemment affirmé (p. 6) —, il existe une relation entre les deux. Que quelque chose puisse être tel qu'il doit être, qu'une réalité puisse avoir une valeur positive, provient de ce que un « quelque chose » qui est, en particulier une conduite effective, peut ressembler à un « quelque chose » qui doit être, en particulier à une conduite déterminée comme due dans une norme, sauf quant à la modalité qui est dans un cas *Sein*, dans l'autre cas *Sollen*. Pour réaliser la représentation d'un *Sein* qui est conforme à un *Sollen*, d'une réalité de valeur positive, il n'est point besoin d'admettre que le *Sollen* se laisse réduire à un *Sein* spécifique ou que la valeur est immanente à la réalité. Ross pense que pour qu'entre *Sein* et *Sollen*, la relation de conformité ou accord ou de non conformité ou désaccord (*agreement or disagreement*), il serait nécessaire « que les deux systèmes soient comparables et que, par conséquent, ils puissent avoir quelque chose en commun. » Ce qu'ils ont en commun c'est que le « quelque chose » qui doit être et qui en même temps peut être ou ne pas être. De même que dans l'assertion que quelque chose est ce « quelque chose », qui est, doit nécessairement être distingué du fait d'être, du *Sein* qui est énoncé à son sujet, on doit dans l'assertion qu'un « quelque chose » doit être distinguer, ce « quelque chose » qui doit être, du devoir être qui en est affirmé. Cf. *supra*, p. 8.

voleurs serait faux si ce système prescrit que les voleurs doivent être punis d'une peine qui les prive de leur liberté, mais non pas de la vie. Par contre, les normes, elles, ne sont ni vraies ni fausses; elles sont seulement valables ou non-valables.

Ce que l'on appelle en droit « jugement » — jugement de justice — est aussi peu un jugement au sens qu'a ce terme en logique que la loi qu'il applique; ce « jugement » est une norme; plus précisément, il est une norme individuelle, une norme dont la validité est limitée à un cas concret, par opposition aux normes générales dénommées « lois ».

La valeur qui est fondée par une norme considérée comme objectivement valable, qui résulte du rapport d'un objet à une telle norme, est une chose; la valeur qui résulte du rapport d'un objet au désir ou à la volonté d'un individu ou de plusieurs individus portant sur cet objet est une autre chose. Selon que l'objet s'accorde à ce désir ou à cette volonté ou qu'il y est contraire, il a une valeur positive ou une valeur négative, il est « bon » ou il est « mauvais ». Si l'on appelle le jugement par lequel est établi le rapport d'un objet à cette volonté ou à ce désir qui portent sur lui un jugement de valeur, et si l'on déclare par suite « bon » l'objet qui s'accorde au désir ou à la volonté, « mauvais » celui qui y contredit, ce jugement de valeur ne diffère pas d'un jugement de réalité; car il établit simplement un rapport entre deux faits de *Sein*, et nullement le rapport entre un fait de *Sein* et une norme de *Sollen* objectivement valable; il n'est donc qu'un type particulier de jugement de réalité.

Lorsqu'un sujet déclare que quelque chose est bon ou que quelque chose est mauvais, et que, par cette assertion, il ne fait qu'exprimer directement qu'il souhaite, lui, ou ce quelque chose, ou son contraire, l'assertion ne constitue pas un « jugement » de valeur, parce qu'elle n'est pas une fonction de la connaissance; elle est une fonction des composantes émotionnelles de la conscience; et si elle porte sur la conduite d'autrui, elle exprime une approbation ou une désapprobation émotionnelles, de même ordre que celles que traduisent les interjections : « bravo ! » ou « à bas ! ».

On peut dénommer valeur subjective la valeur qui consiste en la relation entre un objet, en particulier une conduite humaine, et le désir ou la volonté portant sur lui soit d'un individu soit de plusieurs, et valeur objective, celle qui consiste en la relation entre une conduite et une norme objectivement valable. Si le jugement qui pose qu'une

certaine conduite humaine est bonne signifie simplement que cette conduite est souhaitée ou voulue par un ou plusieurs autres individus, et si de même le jugement qui pose qu'une conduite humaine est mauvaise signifie simplement que la conduite contraire est souhaitée ou voulue par un ou par plusieurs autres individus, alors la valeur « bonne » et la non-valeur « mauvaise » n'existent que pour celui ou ceux qui désirent ou veulent la conduite prévue ou la conduite contraire — selon les cas —, elles n'existent pas pour celui ou ceux dont la conduite est souhaitée ou voulue.

Si par contre le jugement qui pose qu'une certaine conduite humaine est bonne signifie qu'elle correspond à une norme objectivement valable, et si le jugement qui pose qu'une certaine conduite humaine est mauvaise signifie qu'elle est contraire à une norme objectivement valable, la valeur « bonne » et la non-valeur « mauvaise » valent pour les individus dont la conduite est ainsi jugée, ou, plus précisément, pour tous les individus dont la norme objectivement valable pose qu'ils doivent se comporter de telle ou telle façon, qu'eux-mêmes désirent ou veulent ce comportement ou son contraire. Leur conduite a une valeur positive ou une valeur négative, non parce qu'elle est souhaitée ou voulue, — elle ou son contraire —, mais parce qu'elle est conforme à une norme ou qu'elle y est contraire. L'acte de volonté dont la norme est la signification objective n'entre pas ici en ligne de compte.

La valeur au sens subjectif, la valeur qui consiste dans le rapport entre un objet et le désir ou la volonté d'un homme se distingue encore de la valeur au sens objectif — celle qui consiste dans le rapport entre une conduite et une norme objectivement valable — en ceci que la valeur subjective est susceptible de degrés, alors que la valeur objective ne l'est pas : le désir ou la volonté de l'individu peuvent présenter bien des degrés d'intensité ; rien de tel pour le rapport d'une conduite à une norme objectivement valable ; il n'y a ici que deux relations possibles : ou la conduite est en accord avec la norme, ou elle y est contraire : on ne peut pas dire que de deux conduites qui ne sont pas conformes à une norme, l'une y correspond dans une mesure supérieure, l'autre dans une mesure inférieure ; que l'une y est plus contraire, l'autre moins contraire (1).

(1) Si une norme prescrit une conduite qui est en réalité possible à des degrés différents, il semblerait que l'on peut se conformer à la

Si l'on appelle jugements de valeur objectifs, les jugements de valeur qui énoncent une valeur objective et jugements de valeur subjectifs ceux qui énoncent une valeur subjective, il faut remarquer que les prédicats « objectif » et « subjectif » se rapportent alors aux valeurs qui sont énoncées, et non à la fonction de jugement en tant que fonction de la connaissance. En tant que fonction de la connaissance, un jugement doit toujours être objectif, c'est-à-dire qu'il doit être posé sans égard à ce que peut désirer et vouloir le sujet qui le pose. Ceci est parfaitement possible. On peut établir la relation d'une certaine conduite humaine à un ordre normatif, c'est-à-dire énoncer que cette conduite est conforme à l'ordre ou n'y est pas conforme, sans pour autant prendre personnellement posi-

norme à différents degrés, donc plus ou moins. Mais ceci est une illusion. Si une norme prescrit que le meurtre doit être puni d'un emprisonnement de vingt ans et qu'un tribunal punissait un meurtre d'un emprisonnement perpétuel, cependant qu'un autre tribunal en punirait un autre d'un emprisonnement de dix ans, l'un des deux jugements ne serait pas plus conforme et l'autre moins conforme à la norme, aucun des deux n'y est conforme. Seuls y sont conformes les jugements qui punissent le meurtre d'un emprisonnement de vingt ans. Egalement si une norme se contente de prescrire que le meurtre doit être puni d'un emprisonnement, mais sans en fixer la durée, le jugement qui punirait un meurtre d'un emprisonnement à vie ne serait pas plus conforme à la norme à appliquer, et un jugement qui punirait un meurtre d'un emprisonnement de vingt ou de dix ans ne serait pas moins conforme à cette norme ; les trois jugements y seraient conformes dans une mesure exactement égale, car la norme générale remet la détermination de la mesure de la privation de la liberté au tribunal. Le plus et le moins ne se rapportent pas à la conformité, mais à la peine, qui peut avoir des degrés différents ; et, la norme à appliquer a un contenu tel que des peines de degrés différents y sont conformes exactement au même degré. — Lorsqu'une norme prescrit que tout prêt doit être remboursé, et qu'un débiteur qui a reçu un prêt de 1.000 ne rembourse que 900, il ne se conforme pas moins à la norme que s'il rembourse 1.000, il ne s'y conforme pas, il n'exécute pas son obligation de rembourser le prêt reçu. Ce qui est « moins », ce n'est pas la conformité, mais la somme d'argent. Et si le débiteur rembourse 1.000, il ne se conforme pas « plus » à la norme qui l'oblige que lorsqu'il rembourse 900 ; c'est lorsqu'il rembourse 1.000, et seulement lorsqu'il rembourse 1.000, qu'il se conforme à cette norme, qu'il exécute son obligation. Tout de même, si le débiteur paie 1.100, par suite d'une erreur ou pour tout autre motif quelconque, il ne se conforme pas « plus » à la norme, que lorsqu'il rembourse 1.000. Car, en payant les 100 de trop, il agit en dehors du domaine de validité de la norme qu'il doit observer. Ce qui est « plus », ce n'est pas le degré de conformité, c'est la somme d'argent payée. En rapportant le plus ou le moins au point de la conformité à la norme, on commet une faute logique.

tion à l'égard de cet ordre, sur un plan affectif c'est-à-dire sans l'approuver ou le désapprouver. La réponse à la question de savoir si d'après la morale chrétienne il est bien d'aimer ses ennemis peut et doit être donnée, et par conséquent les jugements de valeur corrélatifs peuvent et doivent être portés sans égard au fait que celui qui a à répondre à la question et par conséquent à porter les jugements approuve ou n'approuve pas le précepte en cause. A la question de savoir si d'après tel droit positif la peine de mort doit être prononcée contre les assassins et si en conséquence la condamnation à mort d'un assassin est une valeur positive au sens de ce droit, on peut et on doit répondre sans égard au fait que, personnellement, on approuve ou l'on désapprouve la peine de mort. Alors et alors seulement, ce jugement de valeur est objectif.

Quant aux jugements qui énoncent une valeur subjective, c'est-à-dire le rapport entre un certain objet, en particulier un acte de conduite humaine, et ce que désirent ou veulent un individu ou plusieurs individus relativement à cet objet, ils sont objectifs dans la mesure où les sujets qui les portent le font sans égard au fait qu'eux-mêmes souhaitent ou veulent l'objet ou son contraire, au fait qu'ils approuvent ou désapprouvent la conduite en cause, mais établissent simplement le fait que soit un individu soit nombre d'individus désirent ou veulent l'objet ou son contraire, et en particulier approuvent ou désapprouvent une certaine conduite.

On vient donc d'établir une profonde distinction entre deux catégories de jugements de valeur : ceux qui énoncent une valeur objective en établissant la relation d'une certaine conduite humaine à une norme considérée comme objectivement valable, et qui sont par conséquent essentiellement différents des jugements de réalité ; et ceux qui énoncent une valeur subjective en établissant la relation d'un objet, et en particulier d'une conduite humaine, au fait qu'un individu ou nombre d'individus souhaitent ou veulent cet objet ou son contraire, en particulier qu'ils approuvent ou désapprouvent une certaine conduite humaine, et ces jugements ne sont donc qu'une espèce particulière de jugements de réalité.

Toutefois, certains critiquent cette distinction, en lui objectant que les jugements de valeur du premier type seraient eux aussi des jugements de réalité. Car les normes qui constituent la base des jugements de valeur seraient

soit édictées par un acte de commandement humain soit créées par la coutume, c'est-à-dire en tout cas posées par des faits appartenant à la réalité empirique. La relation entre un fait, en particulier entre une conduite effective, et une norme ne représenterait par suite, elle aussi, qu'une relation entre des faits de la réalité empirique. — Cette objection n'est pas valable : elle méconnaît ce point que l'acte de commandement ou la coutume en tant que faits et la norme qui est créée par ces faits sont deux choses différentes : là, un fait ; ici, une signification (*Sinngehalt*), et que par suite le rapport d'une conduite effective à une norme, d'une part, et le rapport de cette conduite au fait positif qui porte cette norme comme signification sont deux rapports différents. Il est parfaitement possible d'avancer une assertion sur la relation d'une conduite à la norme qui prescrit cette conduite sans prendre du tout en considération les faits — acte de commandement ou coutume — par lesquels la norme a été créée. Tel est très manifestement le cas lorsqu'il s'agit de normes dont la création remonte à une époque déjà ancienne, de normes qui furent posées par des actes d'individus qui sont morts et oubliés depuis longtemps déjà, en particulier lorsqu'il s'agit de normes qui ont vu le jour par une coutume de générations disparues : ces normes ne sont plus présentes à la conscience des individus dont elles règlent la conduite qu'en tant que contenus significatifs. Quand une certaine conduite est jugée moralement bonne ou moralement mauvaise — parce qu'elle est conforme ou qu'au contraire elle contredit à une norme morale considérée comme valable —, on n'a le plus souvent pas du tout conscience de la coutume de laquelle est née la norme morale qui forme la base du jugement. Mais avant tout, il faut remarquer que les actes par lesquels sont créées des normes juridiques n'entrent en ligne de compte, du point de vue juridique, qu'en tant qu'ils sont réglés par des normes juridiques, et que la norme fondamentale, qui est l'ultime fondement de la validité de ces normes, n'est même pas créée par un acte de volonté, mais est supposée dans la pensée juridique (1).

On appelle également valeur la relation qui existe entre un certain objet, en particulier une conduite humaine, et un certain but. La convenance ou adéquation au but (*Zweck-*

(1) Sur la différence entre poser une norme et supposer une norme cf. *infra*, p. 60 sq., et 255 sqq.

mässigkeit) — on dira encore parfois l'opportunité — est la valeur positive; la contrariété ou non-convenance au but, l'inopportunité, est la valeur négative. Par « but », on peut entendre soit un but objectif, soit un but subjectif. Un but objectif est un but qui doit être réalisé, c'est-à-dire qui résulte d'une norme considérée comme objectivement valable. C'est un but qui est assigné à la nature en général, ou à l'homme en particulier, par une autorité surnaturelle ou supra-humaine. Un but subjectif est un but qu'un homme s'assigne à lui-même, qu'il souhaite de réaliser. La valeur qui réside dans le fait de répondre au but est donc identique à la valeur qui consiste dans le fait de répondre à la norme, ou à la valeur qui consiste dans le fait de répondre au désir.

Si l'on fait abstraction du fait que ce qui représente le but visé est ou objectivement obligatoire ou subjectivement souhaité, le rapport de moyen à but se présente comme un rapport de cause à effet. Dire que tel acte est adéquat à tel but signifie que l'acte est propre à réaliser le but, c'est-à-dire à provoquer comme effet la réalisation ou obtention de ce qui représente le but. Le jugement que quelque chose est, en ce sens, opportun peut être soit un jugement de valeur objectif, soit un jugement de valeur subjectif, selon le caractère objectif ou le caractère subjectif du but. Mais un tel jugement de valeur n'est possible que si l'on sait qu'un rapport de causalité existe entre les faits envisagés comme moyens et les faits envisagés comme buts. Ce n'est que lorsque l'on a reconnu qu'entre A et B existe le rapport de cause à effet, que A est la cause de B, B l'effet de A, que l'on peut parvenir au jugement de valeur (subjectif ou objectif) : si B est souhaité comme but ou est assigné comme but par une norme, A convient, A est opportun. Le jugement concernant le rapport entre A et B n'est un jugement de valeur — subjectif ou objectif — qu'uniquement dans la mesure où B est supposé comme but subjectif (c'est-à-dire souhaité) ou comme but objectif (c'est-à-dire prescrit par une norme) (1).

(1) On présente parfois le rapport de moyen à fin comme un « *Sollen* ». Henry SIDGWICK, *The methods of Ethics*, 6^e éd., Londres, 1901, p. 37, dit : « la notion du « devoir (*ought*) » ... demeure dans l'« impératif hypothétique », qui prescrit les moyens les plus appropriés à une fin que nous avons décidé d'atteindre. Si, par exemple, un médecin déclare : « si vous souhaitez être en bonne santé, vous devez vous lever tôt », il ne dit pas la même chose que s'il affirmait : « se lever tôt est

5. — L'ORDRE SOCIAL.

a) *Ordres sociaux statuant des sanctions.*

La conduite des hommes se rapporte tantôt à un ou à plusieurs autres hommes, tantôt aux animaux, aux plantes ou aux objets inanimés : l'homme se conduit d'une certaine façon à l'égard d'un ou de plusieurs autres hommes; il se conduit également de telle ou telle façon à l'égard des animaux, des plantes et des objets inanimés.

Entre la conduite d'un homme et un autre — ou d'autres

une condition indispensable pour parvenir à la bonne santé ». Cette dernière proposition exprime une relation entre faits physiologiques sur laquelle la première est fondée; mais ce n'est pas seulement cette relation entre faits que le mot « devoir » introduit; il implique aussi qu'il est déraisonnable d'adopter une fin et de refuser d'adopter les moyens nécessaires à l'atteindre ». En vérité le mot « *ought* », dans la phrase citée par SIDGWICK comme exemple ne peut pas signifier « *sollen* » dans le même sens où une norme de la morale prescrit une certaine conduite comme devant être suivie. Le mot anglais « *ought* » est utilisé aussi dans le même sens que l'allemand « *müssen* » (devoir nécessairement). En allemand, on dit — de façon plus exacte : qui veut la fin doit nécessairement vouloir le moyen. Ce « *müssen* » exprime la nécessité causale qui est incluse dans le rapport entre le moyen, en tant que cause, et la fin, en tant qu'effet. L'affirmation de SIDGWICK que la proposition : si tu veux être en bonne santé, tu dois — *du sollst*, — te lever tôt, (il serait plus exact de dire : *du musst*, il faut que tu te lèves tôt) a un autre sens que la proposition : « se lever tôt est une condition indispensable de la santé », cette affirmation n'est pas exacte. Le « *ought* » de la première phrase n'exprime pas non plus le caractère déraisonnable de la conduite de celui qui veut être en bonne santé et qui refuse de se lever tôt et par conséquent le caractère raisonnable de celui qui, voulant être en bonne santé, accepte de se lever tôt. Ceci ne serait le cas que si, du fait que quelque chose est voulu comme but, il suivait logiquement que l'on veut le moyen approprié; mais précisément affirmer cela serait un sophisme. Du fait que l'on veut un but, il ne suit pas que l'on veuille le moyen approprié ni que l'on doive vouloir normativement le moyen. La norme que l'on doit vouloir le moyen ne peut pas résulter du fait positif que l'on veut le but; elle ne pourrait suivre que de la norme selon laquelle on doit vouloir le but. SIDGWICK identifie le devoir moral avec le caractère raisonnable; il admet qu'agir moralement bien est synonyme d'agir raisonnablement, et qu'agir d'une façon moralement mauvaise est synonyme d'agir déraisonnablement. Il parle « d'actions que nous jugeons être correctes et d'action qui devraient être faites parce qu'elles sont raisonnables » et dit « que la conduite mauvaise est essentiellement irrationnelle ». Cette identification est la conséquence de ce qu'il accepte l'idée de la raison pratique, qui prescrirait comment nous devons agir (*op. cit.*, p. 23 sqq.). Sur le caractère insoutenable de la notion de raison pratique, cf. mon étude citée *supra*, p. 24, n° 1.

hommes —, il peut y avoir soit un rapport direct soit un rapport indirect seulement. Le meurtre est un exemple du premier cas : acte du meurtrier envers l'assassiné, il constitue une relation directe d'homme à homme. Par contre, la destruction d'un objet précieux est, directement, conduite à l'égard d'une chose, indirectement, action à l'égard des individus qui sont intéressés à l'objet, en particulier de son propriétaire.

Un ordre normatif qui règle la conduite humaine en tant qu'elle a rapport à d'autres hommes, directement ou indirectement, est un ordre social. La morale et le droit sont de semblables ordres sociaux. Tout au contraire, la logique a pour objet un ordre normatif qui n'a pas de caractère social : les actes de pensée de l'homme que règlent les normes de cet ordre ne se rapportent pas à d'autres hommes ; on ne peut pas dire que l'on pense « envers » un autre homme, de la même façon que l'on dit que l'on agit envers un autre homme.

La conduite qu'un homme adopte à l'égard d'un autre ou de plusieurs autres hommes peut être soit nuisible, soit utile à ces hommes. Si l'on envisage les choses d'un point de vue psycho-sociologique, la fonction de tout ordre social est de provoquer une certaine conduite des hommes qui lui sont soumis, d'inciter ces hommes soit à s'abstenir de certains actes qui sont pour tels ou tels motifs considérés comme nuisibles socialement, c'est-à-dire pour les autres hommes, soit au contraire à accomplir certains actes qui sont tenus pour socialement utiles. Cette fonction de motivation est remplie par les représentations des normes qui ordonnent ou interdisent certains actes humains.

Les façons différentes dont ils prescrivent ou prohibent permettent de distinguer parmi les ordres sociaux plusieurs types qui sont à vrai dire des types idéaux, et non des types moyens.

Certains ordres sociaux prescrivent une certaine conduite humaine sans attacher aucune conséquence à l'obéissance ou à la désobéissance à leur commandement.

D'autres, en même temps qu'ils ordonnent une certaine conduite, y attachent l'octroi d'un avantage, une récompense, ou bien attachent à la conduite contraire un désavantage, une peine, au sens le plus large de ce dernier terme. — Le principe qui consiste à réagir à une certaine conduite humaine par une récompense ou par une peine est le « principe de rétribution ». On peut réunir récompense

et peine dans la notion de sanction. Toutefois, habituellement, on n'appelle pas sanction l'attribution d'une récompense, on ne reconnaît ce caractère qu'à la seule peine, c'est-à-dire au mal qui doit être infligé en conséquence d'une certaine conduite — et qui consiste dans le retrait de certains biens, — la vie, la santé, la liberté, l'honneur, des valeurs économiques.

Enfin un troisième et dernier type d'ordre social se caractérise par le fait qu'il ordonne une certaine conduite précisément en attachant à la conduite contraire un désavantage, une peine au sens le plus large du terme, — le retrait de l'un des biens évoqués il y a un instant. C'est à ce type qu'appartient l'ordre juridique. Quand on a à faire à un semblable ordre, une conduite donnée ne peut être considérée comme prescrite — s'il s'agit d'un ordre juridique, cela signifiera : comme juridiquement prescrite — que si et du fait que la conduite contraire est la condition d'une sanction *stricto sensu*. Lorsqu'un ordre social tel que l'ordre juridique ordonne une conduite en disposant qu'une sanction interviendra au cas de conduite opposée, l'état de choses qui en résulte se laisse décrire au moyen d'une proposition qui affirme qu'au cas où telle conduite est réalisée, telle sanction doit intervenir. Ceci implique déjà l'idée que la conduite qui conditionne la sanction est défendue, que la conduite contraire est ordonnée. Le caractère obligatoire (*gesollt*) de la sanction inclut en soi la prohibition de la conduite qui est la condition spécifique de la sanction, donc la prescription de la conduite contraire. Il faut remarquer à cet égard qu'en disant ici d'une conduite qu'elle est « prescrite » ou qu'elle est « défendue », on ne veut pas poser que cette conduite ou son contraire doive intervenir; c'est la conséquence de cette conduite qui doit intervenir, c'est-à-dire la sanction. Ainsi, ce qui « doit être », ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction. Dire qu'une conduite est ordonnée, c'est dire que le contraire de cette conduite est la condition qui fait que la sanction doit être réalisée. Mais il faut noter que deux variantes sont possibles : ou la non-exécution de la sanction est elle-même érigée en condition d'une sanction; en ce cas, on pourra dire que la sanction elle-même est ordonnée, qu'elle est le contenu d'une obligation juridique. Dans l'hypothèse contraire, on ne peut pas considérer que l'exécution de la sanction soit, elle aussi, prescrite; elle est simplement habilitée. Etant donné que ceci ne peut pas aboutir à une *regressio in infi-*

nitum, la dernière sanction dans cette série ne saurait être ordonnée; elle ne peut être qu'habilitée.

Il résulte de là qu'à l'intérieur d'un semblable ordre normatif, une conduite donnée peut être en ce sens à la fois « ordonnée » et « défendue », et que cette situation peut être décrite sans tomber dans une contradiction logique. Les deux propositions : A doit être, et A ne doit pas être, s'excluent l'une l'autre; il n'est pas possible que l'une et l'autre des deux normes ainsi formulées soient valables. Elles ne peuvent pas être suivies ou être appliquées toutes les deux simultanément. Mais les deux propositions « si A est, X doit être », et « si non-A est, X doit être » ne s'excluent nullement l'une l'autre; l'une et l'autre de ces normes peuvent parfaitement valoir en même temps; sous un ordre juridique donné, il peut exister des situations où une sanction est également attachée à deux conduites humaines opposées; de telles situations se rencontrent effectivement, comme nous le verrons ultérieurement —. Les deux normes — qui posent qu'une sanction doit intervenir — peuvent valoir simultanément et être toutes deux effectivement appliquées, parce qu'elles ne se contredisent pas, c'est-à-dire qu'elles peuvent être formulées l'une et l'autre sans qu'il y ait en cela contradiction logique. Toutefois, il est vrai que les deux normes expriment deux tendances politiques opposées l'une à l'autre; s'il n'y a pas entre elles contradiction logique, il y a du moins conflit téléologique. Cette situation peut exister, mais elle n'est politiquement pas satisfaisante. Par suite, les ordres juridiques contiennent généralement des dispositions en conséquence desquelles l'une des deux normes est nulle ou peut être annulée.

En tant que les maux qui jouent le rôle de sanctions — les peines, au sens le plus large du mot — doivent être appliqués contre le gré de ceux qu'elles vont atteindre, et en tant qu'en cas de résistance elles doivent être infligées en employant la force physique, la sanction a le caractère d'un acte de contrainte. Les ordres normatifs qui établissent des actes de contrainte à titre de sanctions, c'est-à-dire à titre de réactions contre une conduite humaine donnée, peuvent être appelés des ordres de contrainte. Mais il se peut qu'un ordre normatif prévoie des actes de contrainte qui ne constituent pas une réaction contre telle conduite humaine et n'ont donc pas caractère de sanctions, mais constituent une réaction contre des faits qui ne sont pas de conduite humaine et qui, par suite, ne peuvent pas être considérés comme

défendus, mais que le législateur considère cependant comme socialement indésirables; ainsi font, nous le verrons, certains ordres juridiques.

A envisager les choses d'un point de vue psycho-sociologique, il apparaît que récompense ou peine sont statuées pour que le désir de l'une ou la crainte de l'autre déterminent de la part des sujets la conduite socialement souhaitée. Mais il se peut fort bien qu'en fait ce soit sous l'empire de motifs autres que le désir d'obtenir la récompense, ou la crainte d'encourir la peine prévues par l'ordre que les sujets observent cette conduite, et il se peut fort bien que selon son sens immanent, un ordre normatif prescrive une sanction contre ceux qui se seraient comportés de telle ou telle façon, quels que soient les motifs qui les y ont déterminés. En ce cas, on rendra bien compte du sens de cet ordre par une proposition du type suivant : si telle conduite a lieu, telle sanction (au sens le plus large, englobant récompense et peine) doit intervenir, sans qu'il y ait à tenir compte des motifs qui ont provoqué la conduite. Il y a plus; il se peut même qu'un ordre normatif n'attache une récompense à une conduite que sous la condition qu'elle ne soit pas motivée par le désir d'obtenir cette récompense; tel est le sens des systèmes moraux selon lesquels seuls méritent d'être honorés ceux qui veulent le bien pour lui-même, et non pas pour obtenir cet hommage.

Il a été question dans les développements qui précèdent de « l'efficacité (*Wirksamkeit*) » des ordres normatifs; il faut donc souligner qu'un ordre qui établit des récompenses ou des peines ne peut être dit « efficace » au sens exact et rigoureux du terme qu'à la condition que la conduite qui conditionne la sanction (au sens large : récompense ou peine) soit provoquée causalement par le désir de la récompense, ou la conduite qui évite la sanction, par la crainte de la peine. Mais en fait, l'on qualifie également un ordre d'ordre « efficace » lorsque la conduite des individus y est conforme d'une façon générale, quels que soient les motifs qui déterminent cette conduite. La notion d'efficacité a ici une signification normative, et non plus causale.

b) *Y a-t-il des ordres sociaux sans sanctions ?*

Aux ordres sociaux qui statuent des sanctions (au sens le plus large) s'opposent de la façon la plus radicale ceux qui prescrivent certaines conduites sans y attacher de récom-

pense ou sans attacher à la conduite contraire une peine, c'est-à-dire les ordres sociaux qui ne mettent pas en œuvre le « principe de rétribution ». C'est l'opinion la plus courante que la morale serait un ordre social de ce dernier type, et qu'elle se distinguerait du droit précisément par ce trait; le droit étant, lui, un ordre qui institue des sanctions.

Ces idées appellent des réserves.

Il paraît manifeste que c'est un ordre moral sans sanctions que prêche Jésus dans le Sermon sur la Montagne; Jésus y rejette de la façon la plus catégorique le principe de rétribution de l'Ancien Testament, — le mal pour le mal, le bien pour le bien — : « Vous avez entendu qu'il est dit : œil pour œil, dent pour dent. Mais moi je vous dis que vous ne devez pas vous opposer au mal » [c'est-à-dire que vous ne devez pas répondre au mal par le mal]. « Vous avez entendu qu'il est dit : tu dois aimer ton prochain [c'est-à-dire celui qui t'aime] et haïr ton ennemi [c'est-à-dire celui qui te hait]. Mais moi je vous dis : aimez vos ennemis... » [c'est-à-dire : ne répondez pas au mal par le mal; faites le bien à ceux qui vous font le mal] « Car si vous aimez ceux qui vous aiment » [c'est-à-dire si vous ne répondez par le bien qu'au seul bien] « quelle récompense aurez-vous? Est-ce que le publicain n'agit pas, lui aussi, exactement de cette façon? » (1) C'est évidemment à une récompense céleste que Jésus fait ici allusion. Par conséquent, même dans ce système de morale qui est poussé au degré le plus élevé, le principe de rétribution n'est pas complètement exclu. Sans doute c'est une récompense céleste, et non pas une récompense terrestre, qui est promise à celui qui, renonçant à appliquer ce principe ici-bas, ne répond pas au mal par le mal, autrement dit : qui ne répond pas seulement au bien par le bien. Et les peines dans l'au-delà font elles aussi partie de ce système qui rejette la punition ici-bas. Il ne s'agit pas d'un ordre moral sans sanctions, mais d'un ordre moral qui statue des sanctions transcendantes, d'un ordre moral religieux.

Pour juger s'il est possible qu'il existe des ordres moraux sans sanctions, il faut considérer que, lorsqu'un ordre moral ordonne une certaine conduite par une de ses normes, il prescrit du même coup que les autres hommes approuvent la conduite des sujets qui se conforment à la norme, et désapprouvent la conduite de ceux qui l'enfreignent. Celui qui désapprouve

(1) Saint Matthieu, V, p. 38 sqq.

la conduite morale ou celui qui approuve la conduite immorale se comporte lui-même d'une façon immorale et doit, lui aussi, être désapprouvé moralement. Or l'approbation des autres membres du groupe est, elle aussi, ressentie comme une récompense; leur désapprobation, comme une peine, et elles peuvent donc être interprétées comme des sanctions. Elles sont même parfois des sanctions plus efficaces que d'autres formes de récompense ou de peine, car elles satisfont ou au contraire elles portent atteinte à cet instinct qui porte l'homme à être apprécié par autrui (*Geltungstrieb*), et qui est une des composantes les plus importantes de l'instinct de conservation.

Or, la norme morale qui ordonne une certaine conduite et la norme morale qui prescrit de désapprouver la conduite contraire sont essentiellement connexes et forment une unité du point de vue de la validité. Par suite, il apparaît douteux qu'il soit possible de distinguer deux types d'ordres sociaux, ceux qui instituent des sanctions et ceux qui n'en instituent pas, les ordres sociaux sanctionneurs et les ordres sociaux sans sanctions. Les ordres sociaux ne diffèrent pas de ce point de vue par le fait que les uns institueraient des sanctions, les autres non. Tous instituent des sanctions; ce qui permet de les différencier, c'est seulement le genre de sanctions qu'ils ordonnent les uns ou les autres.

c) *Sanctions transcendantes et sanctions socialement immanentes.*

Les sanctions établies par un ordre social ont soit un caractère transcendant, soit un caractère socialement immanent.

Sont de caractère transcendant les sanctions qui, à ce que croient les hommes soumis à l'ordre considéré, émanent d'une instance supra-humaine. Une telle croyance est un élément caractéristique de la mentalité primitive. Le primitif interprète les processus naturels qui touchent de façon directe à ses intérêts d'après le principe de rétribution: les événements qui lui sont favorables lui apparaissent comme une récompense pour l'obéissance à l'ordre social établi, les événements qui lui sont défavorables, comme une peine pour l'inobservation de cet ordre social (1). D'après les représentations religieuses de l'homme primitif, au moins

(1) Cf. *infra*, p. 114 sqq.

originaires, ce sont les âmes des morts qui récompensent la conduite socialement bonne par le succès à la chasse, par de riches récoltes, par la victoire au combat, par la santé, par la naissance d'enfants, par une longue vie, comme elles punissent la conduite socialement mauvaise, en particulier par la maladie et par la mort. L'interprétation sociale de la nature fait apparaître celle-ci comme un ordre social normatif qui établit des sanctions. Cet ordre a un caractère pleinement religieux. Mais cette interprétation normative de la nature joue encore un rôle qu'il ne faut pas sous-estimer même au stade des religions extrêmement évoluées, comme par exemple la religion judéo-chrétienne. Même l'homme civilisé d'aujourd'hui continue à se demander instinctivement, lorsqu'il est atteint par un malheur : quelle faute ai-je donc commise pour mériter cette peine ?, et il est enclin à considérer son bonheur comme une récompense qui lui advient parce qu'il a accompli consciencieusement les commandements divins. Les religions plus évoluées ne se distinguent à cet égard des religions primitives que par le fait qu'elles ajoutent aux sanctions qui se réalisent ici-bas ces sanctions qui ne sont décrétées que dans l'au-delà, non plus par les âmes des morts, mais par Dieu à l'égard de ces âmes. Ces sanctions sont transcendantes, non pas seulement en ce sens qu'elles émanent d'une instance supra-humaine et par conséquent supra-sociale, mais également en ce sens qu'elles se réalisent en dehors de la société, bien plus : en dehors du monde terrestre, dans une sphère transcendante (1).

Complètement différentes des sanctions transcendantes sont celles que l'on peut nommer sanctions socialement

(1) L'ordre social religieux qui est édicté dans les Dix Commandements de l'Ancien Testament (Moïse, 2, XX) est directement édicté par une autorité transcendante, par Jéhovah Dieu. Les termes des normes qui forment cet ordre sont présentés comme exprimés par Dieu lui-même : « Et Dieu dit tous ces mots... » Mais l'acte de législation a lieu dans ce monde, car Jéhovah vient à cette fin sur le sommet du Mont Sinaï. Cet ordre social établit des sanctions, et, plus précisément, des peines aussi bien que des récompenses. Jéhovah dit : « Je suis un Dieu jaloux qui punit les méfaits des pères en la personne des enfants jusqu'à la troisième et à la quatrième génération, qui me haïssent; et je témoigne ma miséricorde envers de nombreux milliers d'êtres qui m'aiment et qui suivent mes Commandements. » « Tu ne dois pas user mal du nom du Seigneur ton Dieu; car le Seigneur ne laissera pas impuni celui qui abuse de son nom. » « Tu dois honorer ton père et ta mère aussi longtemps que tu vis sur terre dans le pays que le Seigneur, ton Dieu, t'a donné. »

immanentes, parce que d'abord elles se réalisent ici-bas, dans le cadre de la société, et qu'en outre elles sont réalisées par des hommes, les membres de cette société. Elles peuvent consister soit simplement en approbation ou désapprobation, s'exprimant de façon quelconque de la part des membres de la société, soit en actes caractéristiques que l'ordre social détermine de façon précise et qu'accomplissent, selon une procédure qu'il règle, certains individus désignés par cet ordre. Dans ce dernier cas, on peut parler de sanctions socialement organisées. La plus ancienne sanction de cette sorte est la *vendetta*, qui est pratiquée dans la société primitive. La *vendetta* constitue dans l'ordre social primitif la réaction au meurtre d'un membre du groupe constitué par la communauté de sang — la famille, étroite ou large — par un membre d'un autre groupe, meurtre commis soit par un procédé naturel, soit par un procédé magique; elle est exécutée par les membres du premier groupe contre les membres du second. Il se pourrait bien qu'à l'origine le meurtre à l'intérieur du groupe n'ait été sanctionné que par la sanction transcendante de la vengeance qui émane de l'âme de l'assassiné. Mais étant donné que les âmes des morts n'ont de pouvoir qu'à l'intérieur de leur propre groupe, le meurtre commis par un membre d'un autre groupe ne peut être vengé que par une action positive des parents de la victime. Seul le fait de ne pas accomplir le devoir de vengeance est placé sous la sanction transcendante de la vengeance exercée par l'âme de la victime. Il est très remarquable que cette plus ancienne des sanctions socialement organisées ait eu originairement un caractère inter-groupe. Elle ne devient une sanction intérieure au groupe qu'à partir du moment où la communauté sociale comprend plusieurs groupes qui reposent sur la communauté du sang, c'est-à-dire où cette communauté dépasse les limites de la simple communauté familiale.

Considérée sous l'angle sociologique, l'évolution religieuse apparaît caractérisée par trois éléments : centralisation de l'instance supra-humaine, augmentation de son pouvoir, et en même temps augmentation de la distance qui la sépare de l'homme. Les innombrables âmes des morts sont remplacées par un petit nombre de dieux et finalement par un Dieu unique, tout-puissant et que l'on situe dans un au-delà. L'idée de rétribution domine très fortement cette évolution; on le voit en particulier dans le fait que, lorsque, dans la croyance des hommes, au monde d'ici-bas s'ajoute

un monde de l'au-delà, ce monde de l'au-delà se divise en un ciel pour les bons et un enfer pour les mauvais, conformément au principe de récompense et punition.

C'est un fait remarquable que, des deux sanctions correspondant à l'idée de rétribution : la récompense et la peine, la seconde joue dans la réalité sociale un rôle beaucoup plus considérable que la première. Cela se révèle en premier lieu dans ce fait que l'ordre social de beaucoup le plus important, le droit, se sert essentiellement de la peine. Mais un autre fait encore le confirme de façon particulièrement claire, dans le cas des ordres sociaux qui conservent un caractère religieux, c'est-à-dire qui sont garantis par des sanctions transcendantes : si les primitifs respectent les prescriptions de l'ordre social, en particulier ses très nombreuses interdictions, les « tabous », c'est en première ligne parce qu'ils craignent les maux redoutables par lesquels l'instance supra-humaine — les âmes des morts — réagissent contre les violations de l'ordre traditionnel. Comparée à la crainte qui domine la vie des primitifs, l'espoir de récompenses n'a qu'une importance mineure. Mais la crainte de la punition à laquelle il faudrait s'attendre après la mort joue un rôle de premier plan également dans la croyance religieuse des civilisés selon laquelle la rétribution divine ne se réalise pas seulement ici-bas, mais est reportée dans un au-delà. La représentation de l'enfer comme lieu de la punition est beaucoup plus vivante que l'image le plus souvent extrêmement vague que l'on se fait d'une vie céleste qui doit récompenser la piété. Même lorsqu'aucunes limites ne lui sont assignées, l'imagination qui réalise l'objet des souhaits n'arrive cependant guère qu'à créer un ordre transcendant qui n'est pas essentiellement différent de l'ordre de la société empirique.

6. — L'ORDRE JURIDIQUE.

a) *Le droit, ordre de la conduite humaine.*

Une théorie du droit doit avant tout déterminer la notion de son objet. Pour parvenir à une définition du droit, il est recommandable de partir tout d'abord de l'usage linguistique, c'est-à-dire d'établir la signification qu'a le mot *Recht*, c'est-à-dire droit, dans la langue allemande, et qu'ont ses équivalents dans d'autres langues, tels que *law*, *droit*, *diritto*, etc...

Il s'agit d'établir si les phénomènes sociaux que l'on désigne par ces termes présentent des caractères communs par lesquels on peut les distinguer d'autres phénomènes présentant des similitudes avec eux, et si, d'autre part, ces caractères sont suffisamment importants pour servir comme éléments d'une notion de science sociale.

A priori, il pourrait fort bien se faire que cette enquête aboutît à la conclusion que le mot droit ou ses équivalents dans d'autres langues servent à désigner des objets si différents qu'ils ne peuvent pas être réunis sous une notion commune. En fait, tel n'est cependant pas le cas. En effet, lorsque nous comparons les uns avec les autres les objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine. Un « ordre » est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, comme nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre. Une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre.

Les normes de l'ordre juridique règlent la conduite d'êtres humains. A vrai dire, il semble que cette affirmation ne soit exacte que pour les ordres sociaux de peuples civilisés : dans les sociétés primitives, l'ordre juridique règle également la conduite d'animaux, de plantes et même de choses inanimées, de la même façon que la conduite des hommes. C'est ainsi que nous lisons dans la Bible (1) que le bœuf qui a tué un homme doit être mis à mort, ceci évidemment à titre de châtiment. Dans l'Antiquité, il existe à Athènes un tribunal particulier devant lequel se déroulait la procé-

(1) MOÏSE, 2, XXI, p. 24 et s. Le passage est ainsi libellé : « Si un bœuf a porté à un homme ou à une femme des coups mortels, on doit lapider le bœuf et l'on ne doit pas manger sa viande; et ainsi le maître du bœuf est innocent; mais si le bœuf est devenu méchant auparavant, et si on en a informé son maître, et qu'il ne l'a pas empêché, et que là-dessus il tue un homme ou une femme, on doit lapider le bœuf, et son maître doit mourir ». Le passage se trouve dans un ensemble de dispositions pénales sur le meurtre et sur les blessures, peu de lignes après les paroles : « Œil pour œil — dent pour dent — main pour main — pied pour pied », qui sont la formulation biblique du principe de rétribution.

dure dirigée contre la pierre ou la lance ou tout autre objet par lequel un homme avait été tué — probablement de façon non-intentionnelle ! (1). Et encore au Moyen-Age, il était possible d'intenter une action contre un animal, par exemple un taureau, qui avait provoqué la mort d'un homme, ou contre des sauterelles qui avaient anéanti les récoltes. L'animal accusé était condamné dans les formes du droit, et exécuté, exactement comme un criminel humain (2). Lorsque l'ordre juridique prévoit des sanctions non seulement contre des hommes, mais également contre des animaux, cela signifie que ce n'est pas seulement la conduite des hommes, mais également celle des animaux qui fait l'objet de commandements juridiques et par conséquent — si l'on doit dire que ce qui est juridiquement prescrit est le contenu d'une obligation juridique (3) — cela signifie que, tout comme les hommes, les animaux sont considérés comme étant obligés juridiquement à une certaine conduite. Une réglementation juridique de ce contenu, qui apparaît absurde à nos idées actuelles, doit être rapportée à la représentation animiste selon laquelle les animaux et les objets inanimés aussi ont une « âme », et non pas seulement les hommes, d'où il suit qu'il n'y a pas de différence essentielle entre eux et les hommes. En conséquence, des normes juridiques statuant des sanctions, c'est-à-dire des obligations juridiques, peuvent être appliquées aux animaux et aux objets aussi bien qu'aux hommes.

Les ordres juridiques modernes, eux, ne règlent la conduite que des seuls êtres humains, et non la conduite d'animaux, de plantes, ou d'objets inanimés; ils ne dirigent de sanctions que contre les premiers, et non contre les seconds. Mais cela n'implique cependant en aucune façon que ces ordres juridiques règlent exclusivement le comportement des hommes les uns à l'égard des autres; cela ne les empêche nullement de régler aussi le comportement des hommes à l'égard d'animaux, de plantes, d'objets inanimés. C'est ainsi qu'il peut être défendu sous menace d'une peine de tuer certains animaux, soit d'une façon absolue, soit à certaines époques, ou d'abîmer certaines espèces végétales, ou d'endommager des bâtiments de caractère et valeur historiques.

(1) Cf. DÉMOSTHÈNE, *Contre Aristocrates*, 76; PLATON, *Lois*, 873; et ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, ch. 57.

(2) Cf. KARL VON AMIRA, *Tierstrafen und Tierprozesse*, Innsbruck, 1891.

(3) Sur la notion d'obligation juridique, v. *infra*, p. 157 sqq.

Des normes de ce genre ne règlent pas la conduite des animaux, des plantes ou des objets inanimés qu'elles protègent de la sorte, mais la conduite des hommes contre lesquels elles dirigent la menace d'une peine.

La conduite des êtres humains qui fait l'objet de normes juridiques peut être soit une action positive soit une abstention négative. Mais en tant qu'un ordre juridique est un ordre social, cet ordre ne règle la conduite des individus de façon positive (1) qu'en tant qu'elle se rapporte — directement ou indirectement — à d'autres individus. Ce qui forme l'objet de cette réglementation, c'est la conduite des hommes à l'égard d'un autre homme, ou de plusieurs autres hommes ou de tous les autres hommes, c'est la conduite mutuelle des hommes. Le rapport entre la conduite d'un homme envers un autre ou plusieurs autres hommes ou les autres hommes peut être un rapport individuel; ou un rapport collectif. Un rapport individuel: c'est le cas de la norme qui oblige tout homme à s'abstenir de tuer un autre homme, ou de la norme qui oblige le débiteur à payer une certaine somme d'argent à son créancier, ou encore de la norme qui oblige tous les hommes à respecter la propriété d'autrui. Un rapport collectif: à la différence de la norme qui interdit le meurtre, la norme qui établit l'obligation au service militaire ne règle pas la conduite des individus à l'égard d'autres individus déterminés, mais leur conduite à l'égard de la collectivité, c'est-à-dire à l'égard de tous les autres hommes qui sont soumis à l'ordre juridique, qui font partie de la collectivité juridique. De même de la norme qui sanctionne pénalement la tentative de suicide. Et l'on peut interpréter également, en ce sens, comme des normes sociales ces normes — évoquées précédemment — qui ont pour but la protection d'animaux, de plantes et d'objets inanimés.

Si l'autorité juridique prescrit telle conduite humaine, c'est seulement pour la raison qu'à tort ou à raison elle la tient pour précieuse pour la communauté juridique des hommes. Ce rapport à la collectivité juridique est en dernière ligne décisif également pour cette réglementation de la conduite humaine qui est en un rapport individuel avec un autre sujet déterminé. Ce n'est pas seulement, ce n'est peut-être même pas en première ligne l'intérêt du créancier individuel qui est protégé par la norme juridique qui oblige

(1) Cf. *supra*, p. 20 sq.

le débiteur; c'est encore et peut-être surtout l'intérêt de la collectivité juridique — selon les vues de l'autorité gouvernante — au maintien d'un certain système économique.

b) *Le droit, ordre de contrainte.*

Un autre caractère distinctif commun aux ordres sociaux que l'on appelle droits, est que ce sont des ordres de contrainte, cette dernière expression voulant dire qu'ils réagissent par un acte de contrainte à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles, en particulier à des faits de comportement humain de cette nature. Par acte de contrainte, on entend un mal — tel que retrait de la vie, de la santé, de la liberté, de biens économiques et autres — qui doit être infligé à celui qu'il atteindra, même contre son gré, et, si besoin est, en employant la force physique. Enfin, quand on dit que les actes de contrainte qui jouent le rôle de sanctions infligent un mal à ceux qui les subissent, c'est en se référant au sentiment très général qu'ils en éprouvent. Il peut se rencontrer des exceptions à ce sentiment : l'auteur d'un crime souhaitera parfois, par repentir, de souffrir la peine établie par l'ordre juridique, qu'il ressentira donc comme un bien; ou encore un individu commettra un délit afin de se voir infliger la peine de prison qui y est attachée, parce que celle-ci lui assure un temps gîte et nourriture. Mais ce ne sont là que des cas très exceptionnels. On peut admettre que normalement les actes de contrainte qui jouent le rôle de sanction sont ressentis par leurs sujets passifs comme des maux.

Voilà donc en quel sens les ordres sociaux considérés comme des ordres juridiques sont des ordres de contrainte de la conduite humaine. Ils prescrivent de certaines conduites humaines en attachant aux conduites opposées des actes de contrainte qui sont dirigés contre ceux qui les adopteraient (ou contre leurs proches). En d'autres termes, ils donnent à de certains individus pouvoir de diriger contre d'autres individus, à titre de sanctions, des actes de contrainte.

Les sanctions statuées par les ordres juridiques sont des sanctions socialement immanentes, et des sanctions socialement organisées; par le premier trait, elles diffèrent des sanctions transcendantales; par le second, des sanctions qui se réduisent à une approbation ou une désapprobation. Mais il faut noter — on aura à y revenir — que l'ordre

juridique peut ordonner des actes de contrainte pour réagir, non plus, comme on l'a envisagé jusqu'à présent, à une certaine conduite humaine, mais à d'autres situations socialement nuisibles. En d'autres termes : alors que les actes de contrainte institués par l'ordre juridique représentent toujours, par définition, la conduite d'individus humains, la condition à laquelle ils sont attachés n'est pas toujours et nécessairement un comportement d'êtres humains; ils peuvent être également attachés à d'autres sortes de faits, qui sont considérés comme socialement nuisibles, pour quelque raison que ce soit. Les actes de contrainte institués par l'ordre juridique peuvent (nous le verrons plus tard) être rapportés à l'unité de l'ordre juridique, ils peuvent être attribués à la collectivité juridique fondée par l'ordre juridique, en qualité de réaction de cette collectivité à des faits considérés comme socialement nuisibles; et si ces faits consistent en un certain comportement humain, ils peuvent être interprétés comme des sanctions. En affirmant que le droit est un ordre de contrainte, on entend dire que ses normes statuent des actes de contrainte attribuables à la collectivité juridique. Mais non pas que dans chaque cas où ces normes viennent à exécution il y a lieu de faire usage de la contrainte physique. Cette contrainte n'a à intervenir que lorsqu'une résistance est opposée à l'exécution de ces normes, ce qui normalement n'est pas le cas.

Certains ordres juridiques modernes contiennent aussi des normes qui prévoient des récompenses, telles que titres et décorations. Mais ces normes ne sont nullement, ni un trait caractéristique commun à tous les ordres sociaux reconnus comme juridiques, ni un trait caractéristique exprimant la fonction essentielle de ces ordres sociaux. Ils ne jouent dans ces systèmes qui fonctionnent comme des ordres de contrainte qu'un rôle tout à fait subordonné. Par ailleurs, les normes qui concernent la collation de titres et de décorations sont en connexion étroite avec des normes qui statuent des sanctions. Car ou bien le port d'un titre ou d'une décoration, c'est-à-dire d'un emblème par quoi le sujet vise à se distinguer, n'est pas juridiquement défendu, c'est-à-dire n'est pas la condition d'une sanction, donc il est négativement permis; ou bien — et ceci est le cas normal —, il est juridiquement permis de façon positive, c'est-à-dire qu'il est défendu et entraîne une sanction lorsqu'il n'est pas expressément permis par un acte de collation. Alors, on ne peut définir l'état du droit que comme la limitation,

résultant elle-même d'une norme, de la validité d'une norme de prohibition qui statue une sanction, c'est-à-dire en faisant référence à une telle norme de contrainte.

En tant qu'ordre de contrainte, le droit se distingue d'autres ordres sociaux. L'élément de la contrainte, c'est-à-dire la circonstance que l'acte institué par l'ordre comme conséquence d'une situation considérée comme socialement nuisible doit être réalisé même contre le gré de l'individu qu'elle doit atteindre et, en cas de résistance, par l'emploi de la force physique, — voilà le critérium décisif.

α) *Le caractère de sanctions des actes de contrainte institués par l'ordre juridique.*

En tant que les actes de contrainte institués par l'ordre juridique apparaissent comme la réaction à un certain comportement humain par lui défini, ces actes de contrainte ont le caractère de sanctions, et la conduite humaine contre laquelle ils sont dirigés dans chaque cas a le caractère de conduite défendue, contraire au droit, le caractère de « délit » ou d'« infraction »; c'est le contraire de cette conduite qui doit être considéré comme prescrit, comme conforme au droit, c'est-à-dire la conduite qui évite l'application de la sanction.

Contrairement à ce que l'on avance parfois, l'affirmation que le droit est un ordre de contrainte ne signifie pas qu'il est de l'essence du droit d'« obtenir de force (*erzwingen*) » la conduite juridiquement régulière, ordonnée par l'ordre juridique. Il n'est en effet pas vrai que cette conduite soit obtenue de force grâce à l'accomplissement de l'acte de contrainte; l'acte de contrainte doit être fait précisément lorsque ce n'est pas la conduite prescrite qui se réalise, mais tout au contraire la conduite prohibée, la conduite contraire au droit. C'est précisément en vue de cette hypothèse que l'acte de contrainte qui représente une sanction est ordonné. Ou alors entendait-on dire qu'en statuant des sanctions, le droit détermine les hommes à se conduire comme il le prescrit du fait que le désir d'éviter ces sanctions agit comme motif et provoque cette conduite? En ce cas, il faudra répondre que cette motivation est certes une fonction possible du droit, mais nullement une fonction nécessaire: la conduite régulière, c'est-à-dire la conduite prescrite, peut être aussi provoquée et, très souvent, est effectivement provoquée par d'autres motifs, tels que des représentations religieuses ou des représentations morales. La contrainte qui se trouve dans la motivation est contrainte psychique; et cette contrainte que la représentation du

droit, et en particulier les sanctions établies par lui, exercent sur les sujets qui lui sont soumis en devenant motifs d'adoption de la conduite régulière et prescrite, ne doit pas être confondue avec l'institution d'un acte de contrainte. Tous les ordres sociaux qui sont efficaces jusqu'à un certain point exercent une contrainte psychique, et nombre d'entre eux le font à un degré beaucoup plus élevé encore que l'ordre juridique, ainsi les ordres normatifs religieux. Cette contrainte psychique n'est pas un trait qui distingue le droit des autres ordres sociaux. On peut caractériser le droit comme un ordre de contrainte, non pas du tout pour exprimer qu'il exerce — ou plus exactement que sa représentation exerce — une contrainte psychique, mais pour exprimer ce fait tout différent qu'il statue des actes de contrainte — retrait de force de la vie, de la liberté, de biens économiques et autres — comme conséquence de conditions qu'il détermine. Ces conditions sont en première ligne, mais non pas exclusivement (nous l'avons déjà observé et nous y reviendrons plus tard), une certaine conduite humaine qui, par le fait qu'elle est érigée en condition d'un acte de contrainte contre l'homme qui l'observerait (ou contre ses proches), est défendue, contraire au droit, et doit être ainsi empêchée, cependant que sera provoquée la conduite contraire, celle qui est socialement utile, socialement souhaitée, la conduite régulière au regard du droit.

β) *Le monopole de la contrainte de la collectivité juridique.*

En gros, on peut dire que les divers ordres juridiques prévoient tous les mêmes sortes d'actes de contrainte : il s'agit toujours du retrait, au besoin avec usage de la force, des biens que l'on a énumérés ci-dessus. Par contre, ils accusent des différences sensibles en ce qui concerne les conditions auxquelles ils attachent ces actes de contrainte, en particulier celles qui consistent en faits de conduite humaine, — ces faits sont le contraire de la conduite que l'on cherche à provoquer précisément en établissant ces sanctions, et ces conditions traduisent l'état de choses garanti par l'ordre juridique, socialement souhaité — qui est la conduite régulière selon le droit; en d'autres termes, elles traduisent la *valeur de droit* (*Rechtswert*) qui est fondée par les normes juridiques. C'est donc sur ces points que les différents ordres juridiques présentent une diversité très poussée de contenu. Si l'on

considère l'évolution que le droit a parcourue depuis ses origines primitives jusqu'au stade que représente le droit de l'Etat moderne, on peut constater, relativement à la valeur de droit à réaliser, une certaine tendance commune aux ordres juridiques qui ont atteint les degrés les plus élevés de l'évolution. C'est la tendance à interdire l'exercice de la contrainte physique, l'usage de la force entre individus, dans une mesure qui va croissant avec le cours de l'évolution. Cette interdiction se traduit par la prévision de sanctions pour le cas de recours à la violence; mais la sanction elle-même est un acte de contrainte, c'est-à-dire un emploi de la violence; par conséquent, l'interdiction de recours à la violence ne peut être que limitée; il faut toujours distinguer entre usage de la force défendu et usage de la force permis, l'usage permis étant celui qui est habilité comme réaction à une situation socialement indésirée, en particulier comme réaction à une conduite humaine socialement nuisible, c'est-à-dire en tant que sanction, et qui est par suite attribuable à la collectivité juridique. Cette distinction ne signifie cependant pas que l'usage de la force qui ne présente pas des caractères que l'on vient d'indiquer doive nécessairement être défendu par l'ordre juridique, donc contraire au droit, c'est-à-dire qu'il doive nécessairement constituer un acte illicite ou délit. Dans des ordres juridiques primitifs, il n'est pas encore vrai que soit prohibé tout recours à la violence qui n'ait pas le caractère de réaction, attribuable à la collectivité, à un état de choses tenu pour socialement nuisible. Même le meurtre n'est défendu que dans une mesure limitée : le meurtre d'un homme libre membre du groupe est bien considéré comme illicite, mais non le meurtre des étrangers ou des esclaves. N'étant pas défendu, le meurtre de ces deux dernières catégories est négativement permis, alors qu'il n'intervient pas en qualité de sanction prévue. Toutefois, petit à petit, se fait recevoir le principe que l'usage de la force physique est défendu lorsqu'il n'est pas — limitation au principe de prohibition — habilité spécialement en tant que réaction, attribuable à la collectivité juridique, à une situation considérée comme socialement nuisible. Alors, l'ordre juridique détermine d'une façon exhaustive les conditions auxquelles la contrainte physique sera exercée et les individus qui l'exerceront. Les individus que l'ordre juridique habilita à exercer la contrainte pouvant être considérés comme des organes de l'ordre juridique ou, — ce qui revient au même —

comme des organes de la collectivité fondée par l'ordre juridique, l'exécution des actes de contrainte par ces individus peut être attribuée à cette collectivité (1). Alors, on peut dire, en ce sens, que l'exercice de la contrainte est érigé en monopole de la collectivité juridique. Ce monopole de la contrainte est décentralisé lorsque les individus qui sont habilités à accomplir les actes de contrainte prévus par l'ordre juridique n'ont point le caractère d'organes spéciaux et spécialisés, c'est-à-dire, positivement, lorsque l'ordre juridique habilite les individus qui se croient lésés par une conduite contraire au droit d'autres individus à employer contre ceux-ci la force physique, en d'autres termes : lorsque l'ordre juridique admet qu'on se fasse justice à soi-même.

γ) *Ordre juridique et sécurité collective* (2).

Si l'ordre juridique détermine les conditions sous lesquelles et les individus par lesquels pourra être exercée la contrainte, c'est-à-dire utilisée la force, il protège les individus qui lui sont soumis contre cet emploi de la force par d'autres individus.

Lorsque le degré de cette protection atteint un certain minimum, on parle de sécurité collective, — collective, parce que garantie par l'ordre juridique, en tant qu'ordre social. Cette mesure minimale de protection contre l'usage de la violence, on peut admettre qu'elle existe déjà lorsque l'ordre juridique institue le monopole de la contrainte pour la collectivité; même si ce monopole demeure encore décentralisé, par conséquent même si subsiste encore le principe de la « justice privée » ou « auto-justice » (« *Selbsthilfe* »). On peut considérer un tel état comme le degré le plus bas de sécurité collective.

Mais il est aussi loisible d'entendre la notion de sécurité collective de façon plus stricte, et de n'admettre qu'elle existe que lorsque le monopole de la contrainte pour la collectivité juridique a atteint un degré minimum de centralisation, en sorte que l'« auto-justice » soit exclue, au moins en principe. Il en est ainsi lorsque tout au moins le soin de décider s'il y a eu violation du droit dans un cas concret,

(1) Sur la question de savoir à quelles conditions un acte accompli par un individu peut être attribué à la collectivité juridique, cf. *infra*, p. 200 sqq.

(2) Cf. Kelsen, *Collective Security under International Law*, (U.-S. Naval War College, International Law Studies, Washington, 1957.

et qui est responsable de cette violation, est retiré aux parties au conflit elles-mêmes et délégué à un organe spécialisé, à un tribunal indépendant; lorsque par conséquent la question de savoir si le recours à la force dans une hypothèse donnée constitue un délit, ou, au contraire, une action attribuable à la collectivité juridique, et spécialement une sanction, peut être décidée de façon objective.

Ainsi, il peut y avoir des degrés différents de sécurité collective: ce degré dépend en première ligne du degré auquel est centralisée la procédure par laquelle est établie l'existence dans chaque cas concret des conditions auxquelles est attaché l'acte de contrainte à caractère de sanction et par laquelle cet acte de contrainte sera réalisé. La sécurité collective atteint son degré maximum lorsque l'ordre juridique institue à cet effet des tribunaux à compétence obligatoire et des organes exécutifs centraux qui disposent des moyens de contrainte nécessaires dans une mesure telle que normalement toute résistance est vaine. Ceci est le cas dans l'Etat moderne, qui représente un ordre juridique extrêmement centralisé.

La sécurité collective vise à réaliser la paix. Car la paix est l'absence d'emploi de la force physique, de la violence. En tant que l'ordre juridique détermine les conditions auxquelles et les individus par lesquels la force peut être mise en œuvre, en tant qu'il institue le monopole de la contrainte pour la collectivité juridique, il pacifie cette collectivité qui repose sur lui. Mais la paix du droit est une paix simplement relative: en effet, le droit n'exclut pas de façon absolue l'usage de la force, c'est-à-dire l'exercice de la contrainte physique par des hommes contre d'autres hommes. Le droit n'est pas un ordre sans contrainte, tel que le voudrait un anarchisme utopique. Il établit un ordre et règlement de la contrainte, et en tant qu'ordre de contrainte, il est — selon la courbe de son évolution — un ordre de sécurité, un ordre de paix.

A vrai dire, on peut être plus exigeant pour admettre que la collectivité juridique est pacifiée. De même que l'on peut entendre la notion de sécurité collective en une acception restrictive incluant une certaine centralisation du monopole de la contrainte de la collectivité, de même on peut adopter l'idée que la pacification de la collectivité n'est réalisée que lorsqu'est atteint un stade supérieur de l'évolution du droit, celui qui comporte l'interdiction, au moins en principe, de l'« auto-justice », c'est-à-dire lorsqu'est

instaurée précisément la sécurité collective au sens étroit.

En fait, aux premiers stades de l'évolution du droit, on peut à peine parler sérieusement d'une pacification, même simplement relative, de la collectivité juridique : il n'existe pas de tribunaux établissant d'une façon objective s'il y a eu emploi illégal de la force; par suite, tout individu qui se croit lésé dans ses droits par un autre individu est habilité à recourir à la force à titre de sanction, c'est-à-dire à titre de réaction contre le délit dont il a été victime; mais, pareillement, l'individu contre lequel est dirigée la force est habilité à réagir à son tour en opposant la force à la force, justifiant cette conduite comme une sanction, c'est-à-dire comme une réaction contre un délit qu'il a lui-même subi; en ces temps, la vendetta est une institution juridique, le duel est juridiquement permis et même juridiquement réglementé, seul le meurtre des hommes libres membres du groupe est considéré comme un délit, non le meurtre d'un esclave ou d'un étranger.

Une situation comparable se rencontre très longtemps sur le plan des rapports entre Etats : le droit international n'interdit pas la guerre.

En présence de semblables situations, il est difficile d'affirmer que l'état de droit soit nécessairement un état de paix, que garantir la paix soit une fonction essentielle au droit (1). Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que telle est la tendance de son évolution. Même par conséquent si la paix devait être considérée comme une valeur morale absolue ou comme une valeur commune des ordres moraux positifs — nous verrons plus tard qu'en réalité ce n'est pas le cas —, il ne serait pas juste de présenter la garantie de la paix, la pacification de la communauté juridique, comme la valeur morale essentiellement inhérente au droit, comme le « minimum moral » commun à tous les ordres juridiques.

L'interdiction de tout recours à la violence manifeste la tendance à l'extension du cercle des situations auxquelles l'ordre juridique attache un acte de contrainte; au cours de l'évolution, cette tendance dépasse de beaucoup cette seule interdiction; elle porte également sur des actions autres que le recours à la violence, et sur de simples abstentions. Si les actes de contrainte institués par l'ordre juridique appa-

(1) Ces phrases expriment une modification assez sensible des vues sur les rapports entre droit et paix qu'exprimait ma *General Theory of Law and State*, p. 22 et s.

raissent comme une réaction à la conduite d'êtres humains tenue pour socialement nuisible, réaction qui a pour fonction d'éviter cette conduite (prévention individuelle et prévention générale), ils ont le caractère de sanction en un sens spécifique et étroit de ce mot; et le fait qu'un certain comportement humain est érigé en condition d'une sanction en ce sens peut se traduire par l'affirmation que cette conduite est juridiquement défendue, c'est-à-dire constitue un acte illicite, un délit. Entre cette notion de la sanction et la notion d'acte illicite, il y a corrélation. La sanction est la conséquence de l'acte illicite; l'acte illicite (ou délit) est une condition de la sanction. Selon les ordres juridiques primitifs, la sanction qui réagit aux faits contraires au droit est complètement décentralisée. Elle est abandonnée aux individus dont les intérêts sont lésés par les actes illicites. Ceux-ci reçoivent le pouvoir de constater que l'acte délictueux défini d'une façon générale par l'ordre juridique est donné dans un cas concret, et d'exécuter la sanction déterminée par l'ordre juridique. C'est le principe de l'« auto-justice » qui prévaut.

Au cours de l'évolution, cette réaction de la sanction aux actes illicites est centralisée dans une mesure croissante: aussi bien la constatation des actes délictueux que l'exécution des sanctions sont réservés à des organes spécialisés, tribunaux et autorités chargées de l'exécution forcée (en entendant ce dernier terme en un sens large). Le principe de l'« auto-justice » est restreint dans toute la mesure du possible.

Mais il ne peut pas être complètement exclu. Même dans l'Etat moderne, dans lequel la centralisation de la procédure de sanction atteint le degré le plus élevé, il demeure un minimum d'« auto-justice »: la légitime défense. Mais même certains ordres juridiques modernes extrêmement centralisés vont au-delà de ce minimum et admettent d'autres cas où l'exercice de la contrainte physique, au lieu d'être réservé à des organes particuliers, est abandonné aux sujets directement intéressés. Ce sont sans doute des hypothèses très limitées, et la doctrine ne leur a prêté à peu près aucune attention. Un exemple en est le droit de correction que des ordres juridiques modernes accordent encore aux parents dans l'éducation de leurs enfants. Ce droit est limité: son exercice ne doit pas aboutir à compromettre la santé de l'enfant ni constituer un mauvais traitement. Mais c'est aux parents qu'est laissé le droit de décider quels actes de

l'enfant peuvent autoriser une correction corporelle, parce qu'ils seront considérés comme indésirables du point de vue pédagogique et par suite du point de vue social, — les parents pouvant d'ailleurs déléguer le droit en question à des éducateurs de profession.

δ) *Actes de contrainte qui n'ont pas le caractère de sanctions.*

Dans le cours de l'évolution, — particulièrement de celle qui conduit de l'« Etat-juge » — ou « Etat-gendarme » — à l'Etat-administrateur » (1), le cercle des faits auxquels est attaché un acte de contrainte s'élargit également en tant qu'ils ne comprennent plus uniquement des actions ou des abstentions humaines socialement indésirables mais également d'autres faits qui ne représentent pas une conduite illicite, autrement dit un délit. On songera en premier lieu aux normes qui donnent à certains organes de la collectivité, que l'on appelle la police, le pouvoir de priver de leur liberté les individus soupçonnés d'avoir commis un délit, ceci afin d'assurer la procédure juridictionnelle dirigée contre eux, qui seule établira s'ils ont effectivement commis ce délit dont ils sont soupçonnés. La privation de la liberté peut donc alors être infligée à des individus, non pas parce qu'ils ont commis tel ou tel acte, mais parce qu'ils sont simplement soupçonnés de l'avoir commis. Les organes de police peuvent encore être habilités par l'ordre juridique à mettre des individus en état d'arrestation à fin de protection (*Schutzhaft*), c'est-à-dire à les priver de la liberté pour les protéger contre des agressions délictueuses dont ils sont menacés. De même encore, certains ordres juridiques modernes prescrivent l'internement forcé dans un asile des aliénés qui constituent un danger public, ou l'internement dans un hôpital des personnes atteintes de certaines maladies contagieuses. Il faut également citer l'expropriation d'autorité lorsqu'elle est requise par l'intérêt public, la destruction d'autorité des animaux domestiques atteints de certaines maladies contagieuses, la destruction d'office des bâtiments qui menacent ruine ou afin d'éviter l'extension d'un incendie. Enfin, le droit de certains Etats totalitaires autorise le gouvernement à enfermer dans des camps de concentration les personnes dont la mentalité et les tendances, ou la religion ou la race lui sont antipathiques, et

(1) Cf. *infra*, p. 392.

à les contraindre aux travaux qu'il lui plaît, voire même à les tuer. Si énergiquement que l'on puisse condamner de telles mesures d'un point de vue moral, on ne peut cependant les considérer comme étrangères à l'ordre juridique de ces Etats.

Dans leur aspect extérieur, ces actes représentent un retrait, par voie de contrainte, de la vie, de la liberté, de la propriété, à l'instar des sanctions appelées peine de mort, peines privatives de liberté ou exécution civile. De ces sanctions, ils se distinguent seulement, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, par le fait que le droit ne les attache pas à telle ou telle action ou abstention d'un homme, dont la réalité a été établie juridiquement et qui est considérée comme socialement indésirable, autrement dit : par le fait qu'ils n'ont pas pour condition un acte illicite ou délit qui aurait été commis par un individu et serait établi juridiquement. Un acte illicite ou délit est une certaine action ou abstention humaine qui, jugée socialement indésirable, est interdite par le fait que le droit y attache ou, plus exactement attache à sa constatation par une procédure prévue et réglée, un acte de contrainte, en d'autres termes : par le fait que le droit érige cette action ou cette abstention en condition d'un acte de contrainte. Seul ce fait qu'il est attaché à un délit permet de qualifier un acte de contrainte de sanction (au sens de conséquence d'un acte illicite); et c'est seulement par là qu'il se distingue d'autres actes de contrainte institués par l'ordre juridique, qui, eux, sont la conséquence de faits autres qu'une conduite humaine et ne peuvent donc être qualifiés de sanctions (1). On peut cependant apporter une modification aux vues qui viennent d'être exposées : il est possible de considérer certains actes de contrainte du second type comme des sanctions, si l'on adopte une notion élargie de la sanction, qui y fait rentrer, outre les actes de réaction contre tel délit dont l'existence est établie juridiquement, premièrement les actes de contrainte qui sont sans doute prévus comme réactions à un délit, mais qui peuvent intervenir alors qu'il n'est pas encore établi juridiquement que l'individu qui en est l'objet a bien commis le délit; ainsi l'arrestation par la police des personnes soupçonnées d'un délit, — et deuxièmement les actes de contrainte qui constituent la réaction, non pas

(1) Une analyse plus précise du délit et des sanctions est développée, cf. *infra*, p. 149 sqq.

à les contraindre aux travaux qu'il lui plaît, voire même à les tuer. Si énergiquement que l'on puisse condamner de telles mesures d'un point de vue moral, on ne peut cependant les considérer comme étrangères à l'ordre juridique de ces États.

Dans leur aspect extérieur, ces actes représentent un retrait, par voie de contrainte, de la vie, de la liberté, de la propriété, à l'instar des sanctions appelées peine de mort, peines privatives de liberté ou exécution civile. De ces sanctions, ils se distinguent seulement, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, par le fait que le droit ne les attache pas à telle ou telle action ou abstention d'un homme, dont la réalité a été établie juridiquement et qui est considérée comme socialement indésirable, autrement dit : par le fait qu'ils n'ont pas pour condition un acte illicite ou délit qui aurait été commis par un individu et serait établi juridiquement. Un acte illicite ou délit est une certaine action ou abstention humaine qui, jugée socialement indésirable, est interdite par le fait que le droit y attache ou, plus exactement attache à sa constatation par une procédure prévue et réglée, un acte de contrainte, en d'autres termes : par le fait que le droit érige cette action ou cette abstention en condition d'un acte de contrainte. Seul ce fait qu'il est attaché à un délit permet de qualifier un acte de contrainte de sanction (au sens de conséquence d'un acte illicite); et c'est seulement par là qu'il se distingue d'autres actes de contrainte institués par l'ordre juridique, qui, eux, sont la conséquence de faits autres qu'une conduite humaine et ne peuvent donc être qualifiés de sanctions (1). On peut cependant apporter une modification aux vues qui viennent d'être exposées : il est possible de considérer certains actes de contrainte du second type comme des sanctions, si l'on adopte une notion élargie de la sanction, qui y fait rentrer, outre les actes de réaction contre tel délit dont l'existence est établie juridiquement, premièrement les actes de contrainte qui sont sans doute prévus comme réactions à un délit, mais qui peuvent intervenir alors qu'il n'est pas encore établi juridiquement que l'individu qui en est l'objet a bien commis le délit; ainsi l'arrestation par la police des personnes soupçonnées d'un délit, — et deuxièmement les actes de contrainte qui constituent la réaction, non pas

(1) Une analyse plus précise du délit et des sanctions est développée, cf. *infra*, p. 149 sqq.

à un délit qui aurait été commis, mais à un délit dont on estime qu'il y aurait lieu de s'attendre qu'il soit commis dans l'avenir : tels l'internement forcé d'aliénés considérés comme un danger public, ou l'internement dans des camps de concentration de personnes dont la mentalité et les tendances, la religion ou la race sont jugés indésirables, si l'internement est une mesure destinée à empêcher ces personnes d'agir d'une façon tenue pour nuisible à la communauté, l'autorité gouvernante les considérant, à tort ou à raison, comme susceptibles d'agir ainsi. C'est manifestement ce motif qui est à la base des limitations de liberté auxquelles les États belligérants soumettent les ressortissants des États ennemis qui se trouvent sur leur territoire. Si l'on adopte cette notion élargie de la sanction, elle ne coïncide plus avec l'idée de conséquence d'un délit. La sanction, en ce sens plus large, ne suit plus nécessairement le délit; elle peut au contraire le précéder.

Finalement, la notion de sanction peut être étendue à tous les actes de contrainte qui sont prévus par l'ordre juridique, si par cette notion on veut exprimer tout simplement que par de tels actes, l'ordre juridique réagit à un fait ou une situation socialement indésirés et affirme cette indésirabilité par cette réaction. Tel est bien effectivement le caractère commun à tous les actes de contrainte statué par l'ordre juridique. Si l'on prend la notion de sanction en ce sens extrêmement large — où elle englobe (on y prendra garde) toute réaction à n'importe quel fait ou situation socialement indésirables, et non plus seulement les réactions à un délit —, on pourra caractériser le système de monopole de la contrainte pour la collectivité en énonçant cette alternative : la contrainte exercée par un homme contre un autre homme est soit un délit, soit une sanction.

ε) *Le minimum de liberté.*

En tant qu'ordre social instituant des sanctions, le droit ne règle pas la conduite humaine seulement en un sens positif, c'est-à-dire en prescrivant telle conduite par le fait qu'il attache à la conduite contraire la sanction d'un acte de contrainte, et défend ainsi cette conduite contraire; il la règle encore de façon négative en n'attachant pas un acte de contrainte à telle conduite qu'il ne défend donc pas, ce qui signifie qu'il ne prescrit pas la conduite contraire. Une conduite qui n'est pas juridiquement défendue est juri-

diquement permise, en ce sens négatif. Etant donné qu'une certaine conduite humaine ou bien est défendue ou bien n'est pas défendue par l'ordre juridique, et que, si elle n'est pas défendue, elle doit être considérée comme permise, on peut considérer que toute conduite quelconque des individus vivant sous un certain ordre juridique est réglée par cet ordre juridique — soit dans un sens positif, soit dans un sens négatif. En tant que telle conduite est permise — au sens négatif — par l'ordre juridique, c'est-à-dire en tant qu'elle n'est pas défendue par lui, les sujets de cet ordre sont juridiquement libres.

La liberté que l'ordre juridique laisse aux individus de façon négative, simplement par le fait qu'il ne leur interdit pas une certaine conduite doit être distinguée de la liberté que l'ordre juridique leur garantit positivement. La liberté d'un homme qui consiste en ce qu'une certaine conduite lui est permise parce qu'elle n'est pas défendue, n'est garantie par l'ordre juridique que dans la mesure où celui-ci prescrit aux autres individus de respecter cette liberté, où il leur défend d'intervenir dans cette sphère de liberté, autrement dit : dans la mesure où il défend les actes qui empêcheraient quelqu'un d'adopter la conduite qui lui est permise en ce sens qu'elle ne lui est pas défendue. C'est seulement à cette condition que l'on peut considérer que la conduite non défendue, donc négativement permise, est l'objet d'un droit du sujet, — droit qui est l'image réfléchie d'une obligation correspondante (1). Seulement toutes les conduites permises — au sens négatif de : non défendues — ne sont pas ainsi garanties par l'interdiction d'actes d'autrui qui les empêcheraient, qui s'y opposeraient; on ne trouve pas, au regard de toute conduite permise de cette façon, une obligation corrélatrice des tiers. Il se peut que telle conduite d'un individu ne soit pas défendue, et soit donc en ce sens permise par l'ordre juridique, sans que soient défendus les actes opposés de la part des autres individus, de sorte que cette conduite opposée est également permise. Il se peut que telle conduite d'un individu ne soit pas défendue, parce qu'elle ne concerne et n'affecte en aucune façon d'autres hommes, ou au moins parce qu'elle n'a pas d'effet nuisible à autrui. Mais tous les actes ayant un effet nuisible pour un tiers ne sont pas pour autant défendus. C'est ainsi qu'il peut n'être pas défendu au propriétaire d'une

(1) Cf. *infra*, p. 170 sqq.

maison de creuser dans un mur qui s'élève tout contre la limite de son fonds, une ouverture dans laquelle il installe un ventilateur; mais il se peut qu'en même temps il ne soit pas davantage défendu au propriétaire du fonds voisin d'y édifier une maison dont un des murs colle exactement à celui de la maison voisine qui est pourvue du trou d'aération, de sorte que le ventilateur installé dans celle-ci ne serve plus à rien. Dans un cas semblable, il est permis à l'un d'empêcher ce qu'il est permis à l'autre de faire, à savoir : amener de l'air dans l'une des pièces de sa maison grâce à un ventilateur. Si une certaine action d'un individu est permise — négativement — en même temps qu'est également permise l'action d'un autre individu qui s'oppose à la première, il est possible que surgisse un conflit contre lequel l'ordre juridique ne prend aucune mesure, puisqu'il ne cherche pas à prévenir ce conflit, comme il le fait pour d'autres, en défendant l'une des conduites opposées ou, en d'autres termes, la réalisation d'un des intérêts opposés. L'ordre juridique ne peut absolument pas tenter d'empêcher tous les conflits possibles. Une seule chose est prohibée à peu près sans exception par les ordres juridiques modernes : le fait de s'opposer à la conduite non-défendue d'autrui en usant de la force physique. Car le recours à la force physique, c'est-à-dire l'accomplissement des actes de contrainte, est interdit en principe, sauf aux individus à qui il est permis positivement, c'est-à-dire qui y sont habilités.

De même que n'importe quel ordre social normatif, l'ordre juridique ne peut prescrire qu'un certain nombre d'actions ou d'abstentions définies; l'homme ne peut jamais voir sa liberté limitée par l'ordre juridique pour toute l'étendue de son existence, c'est-à-dire pour la totalité de sa conduite extérieure et intérieure, de son action, de son vouloir, de sa pensée et de ses sentiments. L'ordre juridique peut limiter la liberté de l'individu ou plus ou moins, en ordonnant ou plus ou moins d'actions ou d'abstentions. Mais l'individu demeure toujours assuré d'un minimum de liberté, c'est-à-dire d'absence de liaison par le droit; il existe toujours une sphère de l'existence humaine dans laquelle n'apparaissent aucune prescription ni aucune interdiction. Même sous les ordres juridiques les plus totalitaires, il subsiste quelque chose comme une liberté inaliénable; il ne s'agit pas d'un droit naturel, inné à l'homme, mais simplement d'une conséquence de ce fait que la possibilité pour le droit de régler positivement la conduite humaine est techniquement limitée.

Cependant, comme on l'a déjà souligné, cette sphère de liberté ne peut être considérée comme juridiquement garantie que dans la mesure où l'ordre juridique interdit les empiètements dont elle pourrait faire l'objet. A cet égard, les « droits et libertés constitutionnellement garantis » sont d'une importance politique toute particulière. Ils résultent de dispositions constitutionnelles qui limitent la compétence de l'organe législatif, soit qu'elles lui refusent purement et simplement, soit qu'elles ne lui accordent qu'à des conditions aggravées, le pouvoir de poser des normes qui ordonnent ou des normes qui défendent aux individus certaines sortes d'actions, telles que, par exemple, l'exercice d'un culte, l'expression d'opinions, etc... (1).

**c) Le droit en tant qu'ordre normatif.
Communauté juridique et « bande de voleurs ».**

On donne fréquemment pour caractéristique du droit en tant qu'ordre de contrainte, le fait qu'il ordonnerait des comportements sous la « menace (*Androhung*) » d'actes de contrainte, c'est-à-dire de certains maux tels que : privation de la vie, de la liberté, de la propriété, etc... Cette formulation a le tort de négliger le sens normatif dans lequel les actes de contrainte en général et les sanctions en particulier sont institués par l'ordre juridique. Le sens d'une menace est, en effet, qu'un certain mal *sera* infligé sous certaines conditions. Mais le sens de l'ordre juridique, lui, est que, telles conditions étant données, certains maux *doivent être* infligés, ou, pour user d'une formule plus générale, que, dans telles ou telles conditions, certains actes de contrainte doivent être réalisés. Ceci n'est pas seulement la signification subjective des actes par lesquels le droit est posé, c'est également leur signification objective. Et c'est précisément pour la raison qu'on leur reconnaît cette signification objective qu'ils apparaissent comme actes créateurs de droit, créateurs de normes ou exécutant des normes.

Là réside la différence entre les normes juridiques et des commandements qui n'ont pas le caractère de normes. Comme on l'a dit précédemment déjà, l'acte par lequel un voleur de grand chemin ordonne à un passant de lui remettre son argent, en le menaçant d'un mal quelconque, a, subjectivement (c'est-à-dire dans l'esprit de l'agent), le sens d'un

(1) Cf. *infra*, p. 189 sqq.

Sollen (1). Si l'on décrit la situation créée par une semblable injonction en disant qu'un individu exprime une volonté relativement à la conduite d'un autre individu, on ne fait que décrire l'action du premier comme un processus réel, qui se déroule effectivement sur le plan des faits. Mais l'acte de l'autre que l'acte de volonté du premier tend à provoquer ne peut pas, lui, être décrit comme un processus réel, car ce dernier n'agit pas encore, et peut-être n'agit-il pas ultérieurement de la façon que voulait le premier. On peut seulement dire que, selon l'intention du premier, il *doit* se conduire de cette façon. Sa conduite ne peut pas être présentée comme une conduite qui existe, qui est, réellement; si l'on veut exprimer la signification subjective de l'injonction, on ne peut présenter la conduite en question que comme devant être. Il faut analyser de cette façon toute situation dans laquelle un individu exprime une volonté touchant la conduite d'un autre individu. A cet égard, c'est-à-dire tant que l'on considère seulement la signification subjective des actes, il n'y a aucune différence entre l'analyse de l'injonction d'un voleur de grand chemin et l'analyse de l'ordre d'un organe du droit. Une différence n'apparaît qu'à partir du moment où l'on analyse, non plus la signification subjective de l'ordre qu'un individu adresse à un autre individu, mais sa signification objective. C'est alors que nous attribuons à l'ordre de l'organe du droit la signification objective d'une norme qui lie celui à qui elle s'adresse, alors que nous refusons cette signification à l'ordre du voleur. Autrement dit, nous interprétons l'ordre du premier comme une norme objectivement valable, alors que nous refusons d'interpréter ainsi l'ordre du second. Et c'est alors que nous voyons dans la connexion établie entre la non-exécution de l'ordre et un acte de contrainte, dans le second cas, simplement une « menace », c'est-à-dire l'assertion qu'un mal *sera* infligé, alors que dans le premier cas nous interprétons cette connexion comme signifiant qu'un mal *doit être* infligé. En conséquence de quoi nous interprétons l'infliction effective du mal dans le premier cas, comme l'application ou la réalisation d'une norme objectivement valable qui institue l'acte de contrainte, alors que dans le second cas — à supposer que nous y appliquions une interprétation normative — nous

(1) Le problème de la différence entre l'Etat conçu comme une collectivité juridique et une bande de voleurs est soulevé par saint Augustin, dans sa *Civitas Dei*, IV, 4.

voyons dans le même fait un délit, parce que nous confrontons l'acte de contrainte à des normes que nous considérons comme la signification objective de certains actes, — actes que nous interprétons précisément pour cette raison comme des actes de droit.

Mais pourquoi donc prêtons-nous dans un cas à l'acte la signification objective qui concorde avec sa signification subjective; alors que nous ne le faisons pas dans l'autre cas? Pour une analyse *qui ne fait pas appel à des hypothèses* (*voraussetzungslos*), les actes qui posent du droit n'ont eux aussi que la signification de *Sollen*. Pourquoi donc admettons-nous que, des deux actes qui ont, l'un et l'autre, la signification subjective de *Sollen*, il n'y a que l'un qui crée une norme objectivement valable, c'est-à-dire qui oblige? Ou, en d'autres termes: quel est le fondement de la validité de la norme que nous considérons comme constituant la signification objective de cet acte? Telle est la question décisive.

La réponse sera fournie par l'analyse des jugements par lesquels nous interprétons les actes comme des actes de droit, c'est-à-dire comme des actes ayant pour signification objective des normes; cette analyse fait apparaître l'*hypothèse* qui rend cette interprétation possible.

Partons de l'exemple, déjà évoqué dans les pages précédentes, d'un jugement par lequel nous interprétons la mise à mort d'un homme par un autre comme l'exécution d'un arrêt de condamnation à mort, et non comme un meurtre. Ce jugement repose sur le fait que nous reconnaissons l'acte de mise à mort comme l'exécution de la décision d'un tribunal qui ordonne cette peine; c'est-à-dire que nous attribuons à l'acte du tribunal la signification objective d'une norme individuelle et que nous attribuons ainsi aux hommes qui font cet acte le caractère de tribunal. Ces idées, nous les admettons parce que nous considérons l'acte du tribunal comme l'exécution d'une loi, c'est-à-dire de normes générales ordonnant des actes de contrainte, et que nous admettons encore que ces normes générales sont la signification objective — en même temps que la signification subjective — d'un acte qui a été fait par certains hommes auxquels nous reconnaissons, précisément pour cette raison, le caractère d'organe de la législation. Et si nous admettons cette dernière idée, c'est parce que nous considérons l'acte de législation comme l'exécution de la Constitution, c'est-à-dire de normes générales qui ont pour signification subjective d'habiliter préci-

sément ces hommes à poser des normes générales instituant des actes de contrainte. C'est ainsi que nous reconnaissons à ces hommes le caractère d'organe législatif. Par le fait que nous considérons les normes qui habilient l'organe législatif comme la signification objective — en même temps que subjective — d'un acte accompli par de certains hommes, nous interprétons ces normes comme une Constitution. S'agit-il d'une Constitution qui est historiquement première, ceci n'est possible que si nous *supposons*, c'est-à-dire si nous admettons l'hypothèse, que l'on *doit* se conduire selon la signification subjective de cet acte, que l'on doit accomplir des actes de contrainte dans les conditions et de la façon que déterminent les normes ainsi revêtues de la qualité de Constitution; c'est-à-dire que si nous supposons une norme en conséquence de laquelle l'acte à interpréter comme acte d'établissement d'une Constitution doit être considéré en effet comme un acte qui pose des normes objectivement valables, et les hommes qui accomplissent cet acte, considérés comme une autorité constituante. Cette norme est — on y reviendra ultérieurement de façon plus développée (1) — la norme fondamentale d'un ordre juridique étatique. Cette norme fondamentale n'est pas posée par un acte de droit positif; l'analyse de nos jugements juridiques montre qu'elle est supposée, *si et lorsque* l'acte en question est interprété comme un acte constituant, et les actes posés sur le fondement de cette Constitution comme des actes de droit. Etablir cette hypothèse est une fonction essentielle de la science du droit. Dans cette hypothèse se trouve l'ultime fondement de validité de l'ordre juridique, fondement qui est par essence simplement relatif et en ce sens hypothétique.

En avançant ce qui précède, nous n'avons en vue qu'un ordre juridique étatique ou national, c'est-à-dire dont le domaine de validité territorial est limité à un certain espace — que l'on appelle le territoire de l'Etat. Nous laissons de côté pour le moment le fondement de validité de l'ordre juridique international, dont le domaine de validité territorial n'est pas limité de la sorte, et le rapport de cet ordre juridique international aux ordres juridiques étatiques (2).

On a déjà évoqué précédemment l'idée que la validité des normes, c'est-à-dire l'assertion que l'on doit se conduire

(1) Cf. *infra*, p. 255 sqq.

(2) Cf. *infra*, p. 289 sqq. et 443 sqq.

comme elles le prescrivent, ne doit pas être confondue avec leur efficacité, c'est-à-dire avec le fait que l'on se conduit effectivement de cette façon; mais qu'il peut exister entre ces deux données une relation essentielle, qu'un ordre de contrainte qui se présente comme un ordre juridique n'est considéré comme valable qu'à la condition qu'il soit en gros efficace. En d'autres termes: la norme fondamentale qui constitue le fondement de validité d'un ordre juridique ne se rapporte qu'à une Constitution qui est la base d'un ordre de contrainte efficace. Les actes qui portent sur la conduite d'autrui ne se voient reconnaître une signification objective concordant avec leur signification subjective, et ne sont interprétés comme des actes de droit que si la conduite effective des hommes correspond d'une façon générale à cette signification subjective.

Nous sommes, maintenant, en mesure de répondre à la question de savoir pourquoi nous n'attachons pas à l'injonction d'un bandit de grand chemin, assortie de menaces de mort, la signification objective d'une norme obligatoire pour le destinataire, c'est-à-dire valable, pourquoi nous n'interprétons pas cet acte comme un acte de droit, et pourquoi nous interprétons la réalisation de la menace comme un délit, et non comme la réalisation d'une sanction.

S'il ne s'agit que de l'acte isolé d'un individu isolé, il ne saurait être considéré comme un acte de droit, comme ayant sens de norme juridique, déjà pour la raison que le droit — nous l'avons indiqué précédemment — n'est pas une norme unique, mais un système de normes, un ordre social, et qu'une norme particulière ne peut être considérée comme une norme juridique qu'autant qu'elle appartient à un tel ordre. La comparaison avec un ordre juridique n'entrerait en ligne de compte que s'il s'agissait de l'activité systématique d'une bande organisée qui ferait régner l'insécurité dans un certain secteur territorial en contraignant les hommes qui y vivent, sous la menace de certains maux, à lui livrer leur argent et leurs biens. Alors, il faut distinguer l'ordre qui règle la conduite réciproque des membres de ce groupe qualifié de « bande de voleurs » de l'ordre externe, c'est-à-dire des injonctions que les membres ou les organes de la bande adressent à des personnes tierces en les menaçant de certains maux. Car c'est seulement à l'égard de ces tiers étrangers à la bande que l'activité du groupe apparaît comme celle d'une « bande de voleurs ». Si le vol et le meurtre n'étaient pas défendus dans les rapports

mutuels des voleurs, ceux-ci ne constitueraient pas une collectivité, une « bande de voleurs ». Cependant, il se peut que l'ordre interne de la bande aussi soit en bien des points en conflit avec un ordre de contrainte considéré comme ordre juridique, à l'intérieur du domaine de validité territorial duquel s'exerce l'activité de la bande de voleurs. Si l'ordre de contrainte qui fonde cette collectivité, et qui comprend à la fois l'ordre interne et l'ordre externe n'est pas interprété comme un ordre juridique, si sa signification subjective que l'on doit se comporter selon ses dispositions n'est pas reconnue comme sa signification objective aussi, ce sera pour la raison que l'on ne suppose pas une norme fondamentale aux termes de laquelle on doit se conduire conformément à cet ordre, autrement dit : d'après laquelle la contrainte doit être exercée dans les conditions et de la façon que détermine cet ordre. Mais pourquoi ne suppose-t-on pas une telle norme fondamentale ? C'est là la question décisive. On ne la suppose pas, parce que ou plus exactement lorsque cet ordre n'a pas cette efficacité durable à défaut de laquelle on ne suppose pas de norme fondamentale se rapportant à lui, et fondant sa validité objective. Il n'a manifestement pas cette efficacité lorsque les normes de l'ordre juridique à l'intérieur du domaine de validité territorial duquel s'exerce l'activité de la bande sont appliquées effectivement à cette activité traitée en conduite contraire au droit, lorsque la liberté, voire la vie sont enlevées aux membres de la bande par des actes de contrainte qui sont interprétés comme peine privative de liberté, ou peine de mort, et qu'ainsi un terme est mis à l'activité de la bande. Car ceci signifie que l'ordre de contrainte considéré comme un ordre juridique est plus efficace que l'ordre de contrainte qui constitue la base de la bande de voleurs en tant que collectivité.

Si cet ordre de contrainte est limité dans son domaine de validité territorial à un certain territoire et s'il est efficace à l'intérieur de ce territoire, de telle façon que la validité de tout ordre de contrainte semblable soit exclue, il peut très bien être considéré comme un ordre juridique, et la collectivité fondée par lui peut très bien être considérée comme un « Etat », même si cet « Etat » développe vers l'extérieur une activité qui soit criminelle au regard du droit international positif. C'est ce que démontre l'existence passée sur la côte Nord-Ouest de l'Afrique (Algérie — Tunisie — Tripolitaine) de ce que l'on a appelé les Etats-pirates, Etats dont les navires ont fait régner l'insécurité en Médi-

terrannée depuis le xvi^e jusqu'au début du xix^e siècle (1). Ces collectivités n'étaient qualifiées de « pirates » qu'en considération de l'usage qu'elles faisaient de la force contre les navires d'autres États, en violation du droit international. Leur ordre interne au contraire prohibait l'application mutuelle de la violence de façon efficace à un degré tel qu'était garanti ce minimum de sécurité collective qui est la condition d'une efficacité relativement durable d'un ordre fondant une collectivité juridique.

La sécurité collective ou la paix est — on l'a constaté précédemment — une fonction que les ordres de contrainte appelés droits remplissent effectivement à un certain stade de leur développement, bien qu'à des degrés différents. Cette fonction est un fait que l'on peut constater objectivement. La constatation que fait la science du droit qu'un ordre juridique pacifie la collectivité juridique qu'il fonde n'inclut aucune sorte de jugement de valeur; en particulier, elle ne signifie pas la reconnaissance d'une valeur de justice, qu'elle érigerait de la sorte en élément de la notion de droit, et qui pourrait ainsi servir de critérium pour la distinction entre collectivités juridiques et bandes de voleurs. On n'entend pas adopter sur ce sujet l'enseignement de la théologie de saint Augustin, qui dans sa *Civitas Dei*, soulève la question de la différence entre ces deux objets, et s'exprime ainsi : « Que sont les empires sans justice, sinon de grandes bandes de voleurs ? Est-ce que ces bandes de voleurs sont autre chose que de petits empires ? » (*Civitas Dei*, XIX, 22). Pour saint Augustin, il ne peut pas exister de collectivité juridique sans justice. Car « le droit ne peut pas exister là où n'existe pas la vraie justice. Ce qui se produit selon le droit se produit, de fait, justement; ce qui est fait de façon injuste ne peut pas avoir lieu en vertu du droit ». Mais qu'est-ce donc que la justice ? « La justice est la vertu qui assigne à chacun ce qui lui revient (*justitia porro ea virtus est, quæ sua cuique distribuit*). Mais comment en va-t-il maintenant de la justice de l'homme qui soustrait l'homme au vrai Dieu et le soumet aux démons impurs ? Est-ce bien là attribuer à chacun le sien ? Ou encore, est-il juste, celui qui enlève un fonds à l'acheteur et le transmet à celui qui n'y a aucun droit ? Et celui-là est-il juste qui se soustrait lui-même au Seigneur qui l'a créé et se met au service d'esprits méchants ? » (IV, 4).

(1) Cf. *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, t. II, p. 270.

Ce raisonnement repose sur l'idée que le droit est un ordre de contrainte juste, et qu'il se distingue donc par ce caractère juste de son contenu de l'ordre de contrainte d'une bande de voleurs.

Ces idées ne peuvent être acceptées. Que la justice ne puisse pas être le critère qui distingue le droit d'autres ordres de contrainte, cela résulte du caractère relatif du jugement de valeur qui affirme la justice d'un ordre social (1). Étant donné que saint Augustin ne veut reconnaître comme juste qu'un ordre qui accorde à chacun ce qui lui revient, et que pour lui cette formule, qui est en elle-même absolument creuse, inclut le fait d'accorder au Dieu vrai — c'est-à-dire au Dieu judéo-chrétien, mais non pas aux Dieux des Romains —, ce qui lui revient et ne revient qu'à lui, à savoir l'adoration requise, qui s'exprime dans le culte, un ordre qui ne répond pas à ce postulat ne peut pas être un droit, et la communauté qu'il fonde ne peut pas être un Etat, mais seulement une bande de voleurs. Et ainsi le droit romain se voit-il dénier le caractère de droit. Si l'on fait de la justice un critérium du droit, de l'ordre juridique, parmi les ordres normatifs, les ordres de contrainte capitalistes du monde occidental ne seraient pas des ordres juridiques du point de vue de l'idéal de justice communiste, de même que l'ordre de contrainte communiste de l'Union Soviétique ne sera pas un droit du point de vue de l'idéal de justice capitaliste. Une science juridique positiviste ne peut pas accepter une notion du droit qui conduit à de semblables conséquences. On peut juger un ordre juridique injuste du point de vue d'une certaine norme de justice. Mais le fait que le contenu d'un ordre de contrainte efficace peut être jugé injuste n'est en tout cas pas une raison de refuser de considérer cet ordre de contrainte comme un ordre juridique. Après la victoire de la Révolution française à la fin du xix^e siècle, de même qu'après la victoire de la Révolution russe au début du xx^e siècle, se manifeste clairement dans les autres Etats la tendance à ne pas reconnaître aux ordres de contrainte créés par ces révolutions le caractère d'ordres juridiques, ni aux actes des gouvernements arrivés au pouvoir par ces révolutions le caractère d'actes de droit — pour la Révolution française, parce qu'elle violait le principe de légitimité monarchique, pour la Révolution russe, parce qu'elle abo-

(1) Cf. mon étude « Justice et Droit naturel » citée *supra*, p. 24, n^o 1.

lissait la propriété privée des moyens de production. On vit même des tribunaux des Etats-Unis d'Amérique se refuser à reconnaître les actes du gouvernement révolutionnaire russe comme des actes de droit, par le motif qu'ils n'étaient pas actes d'un Etat, mais actes d'une bande de gangsters. Aussitôt cependant que les ordres de contrainte établis par voie révolutionnaire se révélèrent durablement efficaces, ils furent reconnus comme ordres juridiques, les gouvernements des collectivités qu'ils fondaient comme gouvernements d'un Etat, et leurs actes comme des actes étatiques, c'est-à-dire comme des actes de droit.

d) *Obligations juridiques sans sanctions ?*

Si l'on conçoit le droit comme un ordre de contrainte, la formule qui énonce la norme fondamentale d'un ordre juridique étatique présentera un libellé de ce genre : la contrainte doit être exercée par des hommes contre d'autres hommes, de la façon et sous les conditions qui sont déterminées dans la Constitution historiquement première. La norme fondamentale délègue la Constitution historiquement première à l'effet de déterminer la procédure suivant laquelle des normes statuant des actes de contrainte seront posées. Pour être conçue objectivement comme une norme juridique, une norme doit ou bien être la signification subjective d'un acte qui est fait suivant cette procédure — conforme à la norme fondamentale — et doit statuer un acte de contrainte, ou bien avoir une connexion essentielle avec une semblable norme. Avec la norme fondamentale, on présuppose donc la définition du droit comme un système de contrainte, qui est contenue en elle (1).

La définition du droit supposée avec la norme fondamentale a pour conséquence qu'une conduite ne peut être considérée comme juridiquement ordonnée ou, ce qui revient au même, comme contenu d'une obligation juridique, que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un acte de contrainte dirigé contre le sujet qui l'a adoptée (ou de proches de celui-ci). Il faut cependant prendre garde qu'il n'est pas nécessaire (on l'a déjà noté) que l'acte de contrainte

(1) Mais la norme fondamentale n'est pas identique à la définition contenue en elle. En tant que norme, elle n'est pas une notion. (Sur le rapport de ces deux concepts, cf. *supra*, p. 23).

lui-même soit prescrit en ce sens; il se peut que le droit habilite simplement à le décider et à le réaliser.

Contre la définition du droit comme un ordre de contrainte, c'est-à-dire contre l'inclusion de l'élément contrainte dans la notion de droit, on fait valoir que l'on pourrait constater que les ordres juridiques historiques contiennent : en premier lieu, des normes qui n'instituent pas d'actes de contrainte, des normes qui permettent une conduite ou qui confèrent un pouvoir; en second lieu, des normes qui sans doute prescrivent une conduite, obligent à une conduite, mais sans attacher à la conduite contraire la conséquence d'un acte de contrainte; et en particulier que la non-application des normes instituant des actes de contrainte n'est souvent pas érigée en condition d'actes de contrainte jouant le rôle de sanctions.

La dernière de ces objections n'est pas pertinente : la définition du droit en tant qu'ordre de contrainte peut être maintenue même si la norme qui institue un acte de contrainte n'est pas elle-même à son tour liée en une relation essentielle avec une norme qui attache une sanction au fait de ne pas ordonner ou de ne pas exécuter un acte de contrainte dans tel ou tel cas concret, c'est-à-dire si la prévision de l'acte de contrainte dans la règle ne représente pas juridiquement, objectivement, un commandement, mais seulement une permission positive ou une attribution de pouvoir, une habilitation (même si, dans la pensée de son auteur, l'acte qui institue l'acte de contrainte d'une façon générale représente un commandement).

La définition du droit comme ordre de contrainte peut être également maintenue à l'égard des normes qui donnent le pouvoir de faire des actes qui n'ont pas le caractère d'actes de contrainte, ou qui permettent positivement de tels actes parce que ces normes sont des normes non-indépendantes, du fait qu'elles sont liées par une connexion essentielle avec des normes instituant des actes de contrainte. Les règles du droit constitutionnel offrent un exemple typique de cette catégorie de normes qui sont invoquées comme argument contre l'inclusion de l'élément de contrainte dans la notion de droit. On fait valoir que les normes de la Constitution qui règlent la procédure de la législation n'établissent aucune sanction pour le cas où elles ne sont pas observées; mais une analyse plus serrée montre que ce sont des normes non-indépendantes, qui simplement déterminent une des conditions auxquelles les actes de contrainte

institués par d'autres normes doivent être ordonnés et être exécutés (1). Ce sont des normes qui attribuent à l'organe de la législation le pouvoir de créer des normes, mais qui n'ordonnent pas cette création de normes; et, dans cette mesure, des sanctions n'entrent ici absolument pas en ligne de compte. Supposons que les dispositions de la Constitution ne soient pas observées; il en résulte seulement qu'il ne naît pas de normes juridiques valables; les normes juridiques ainsi créées sont nulles ou annulables, c'est-à-dire que la signification subjective des actes faits d'une façon non-constitutionnelle, et par conséquent non conformes à la norme fondamentale, n'est pas reconnue être aussi leur signification objective, ou bien, si elle est reconnue telle à titre provisoire, elle est ensuite annulée (2).

Le cas pratiquement le plus important de ceux dans lesquels la doctrine traditionnelle admet l'existence d'une norme dépourvue de sanctions et créant cependant une obligation juridique est, en droit moderne, le cas de ce qu'on appelle les obligations naturelles. On caractérise l'obligation naturelle comme l'obligation à une prestation dont l'exécution ne peut pas être réclamée par une action en justice et dont la non-exécution ne permet pas l'exécution civile. Si l'on admet néanmoins qu'il y a en ce cas obligation juridique à la prestation, c'est essentiellement pour la raison que, si la prestation est effectuée volontairement, il n'est plus possible d'en réclamer la restitution pour cause d'enrichissement injuste du bénéficiaire. Mais il s'agit là d'une interprétation tout à fait critiquable : que signifie en vérité cette dernière donnée ? Elle signifie simplement qu'une règle de droit dispose qu'en principe, lorsque le bénéficiaire d'une prestation à laquelle le prestataire n'était pas juridiquement obligé ne restitue pas l'objet presté, il doit être procédé sur demande du prestataire à une exécution civile sur le patrimoine de ce bénéficiaire, mais qu'exceptionnellement toutefois cette règle de contrainte ne vaut pas pour certains cas prévus par l'ordre juridique. La situation en question peut donc être analysée sans accepter l'idée qu'on serait là en présence d'une norme fondant une obligation de prestation, bien que dépourvue de sanction : elle s'analyse comme une limitation de la validité d'une norme instituant une sanction.

(1) Cf. *infra*, p. 74 sqq.

(2) Cf. *infra*, p. 355 et 360 sqq.

Il ne peut naturellement pas être nié qu'un législateur peut faire — selon une procédure conforme à la norme fondamentale — un acte qui ait pour signification subjective une norme qui prescrive une certaine conduite humaine, qu'il peut le faire sans instituer un acte de contrainte comme sanction pour le cas d'une conduite contraire, et sans que cependant on puisse, comme dans le cas de l'obligation naturelle, présenter les faits comme consistant en la limitation de la validité d'une norme instituant un acte de contrainte. En ce cas, si la norme fondamentale supposée est formulée comme une norme qui institue des actes de contrainte, il est impossible de reconnaître à l'acte en question la signification objective correspondant à sa signification subjective; la norme qui est sa signification subjective ne peut pas être interprétée comme une norme juridique, mais doit être considérée comme juridiquement irrelevante.

Mais d'autres motifs encore peuvent faire que la signification subjective d'un acte accompli suivant une procédure conforme à la norme fondamentale soit considérée comme juridiquement irrelevante. Il se peut en effet qu'elle soit quelque chose qui n'ait pas du tout le caractère d'une norme qui ordonne ou autorise ou habilite une conduite humaine. Une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle peut avoir un contenu qui ne représente pas une norme d'aucune sorte, mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique, ainsi la proposition que le droit émane de Dieu ou que la loi est juste, ou qu'elle réalise l'intérêt du peuple entier. On peut en forme de loi adoptée suivant la procédure constitutionnelle exprimer les vœux de la nation au chef de l'Etat pour son jubilé gouvernemental, simplement dans l'intention de donner à ces vœux une forme particulièrement solennelle. En tant qu'ils sont exprimés en mots, des actes faits de façon constitutionnelle peuvent contenir n'importe quelle signification; ils peuvent donc représenter une forme qui n'a pas nécessairement pour matière exclusive des normes.

Dès lors que l'on définit le droit comme un système de normes, il faut reconnaître que la science du droit ne peut pas se passer de la notion de contenu juridiquement irrelevant.

Le droit réglant la procédure suivant laquelle il est lui-même créé, il est naturel de distinguer cette procédure réglée par le droit, et le contenu créé suivant cette procédure, la forme juridique et le contenu juridique, — et de parler d'un contenu juridique juridiquement irrelevant,

c'est-à-dire de quelque chose qui est en forme de droit sans constituer une norme juridique. Dans la doctrine traditionnelle, cette idée s'exprime jusqu'à un certain point dans la distinction que l'on fait entre la loi au sens formel et la loi au sens matériel. Cette distinction tient compte du fait qu'en forme de loi peuvent être posées, non seulement des normes générales réglant la conduite humaine, mais également des mesures administratives telles que l'attribution de la nationalité à une personne déterminée ou l'approbation du budget de l'Etat, ou même une condamnation pénale, si l'organe législatif joue dans certains cas le rôle de tribunal. Cependant, plutôt que de loi au sens formel et de loi au sens matériel, il serait plus exact de parler de forme de loi et de contenu de loi. Toutefois, la terminologie qui consiste à opposer forme juridique et contenu juridique est inexacte et même induit en erreur dans une certaine mesure : car, pour pouvoir être interprété objectivement comme acte de droit, il ne suffit pas que l'acte soit fait suivant une certaine procédure ; il faut également et encore qu'il ait une certaine signification subjective. Quelle signification, cela dépend de la définition du droit que l'on suppose lorsque l'on détermine le contenu de la norme fondamentale. Si l'on ne définit pas le droit comme un ordre de contrainte, mais simplement comme un ordre qui est posé conformément à la norme fondamentale, et si l'on formule en conséquence la norme fondamentale de la façon suivante : on doit, aux conditions définies par la Constitution historiquement première, se conduire de la façon qu'elle détermine, il pourrait y avoir des normes juridiques dépourvues de sanction, c'est-à-dire des normes juridiques qui ordonneraient dans certaines conditions une certaine conduite humaine sans qu'une autre norme institue une sanction pour le cas de non-obéissance à la première. Alors la signification subjective des actes créés conformément à la norme fondamentale qui ne seraient pas normes et qui ne pourraient pas être mis en relation avec des normes serait juridiquement irrelevante. Et alors les normes posées par le législateur institué par la Constitution qui prescriraient une certaine conduite sans attacher à la conduite contraire la sanction d'un acte de contrainte ne se distingueraient des normes morales que par leur origine ; et les normes juridiques nées par voie de coutume ne pourraient absolument pas être distinguées des normes morales, qui naissent elles aussi, de la coutume. Si la Cons-

titution institue la coutume comme source de droit, la morale toute entière est, en tant que ses normes sont effectivement créées par voie de coutume, partie constitutive de l'ordre juridique.

Il suit de là qu'il faut rejeter toute définition du droit qui ne le caractérise pas comme un ordre de contrainte. La raison majeure étant que seul cet élément de la contrainte permet de clairement distinguer le droit de tout autre ordre social, et qu'avec lui, c'est un facteur extrêmement important pour la connaissance des relations sociales, un facteur extrêmement caractéristique des ordres sociaux qualifiés de « droits », qui est érigé en critère; et en particulier, on prend ainsi en considération la connexion qui existe, dans le cas le plus important pour la connaissance du droit, celui du droit étatique moderne, entre droit et Etat, cet Etat qui est essentiellement un ordre de contrainte, et plus précisément un ordre de contrainte centralisé et limité dans son domaine de validité territorial (1).

Dans les ordres juridiques modernes, ce n'est que très exceptionnellement que l'on rencontre des normes qui ont la signification subjective d'actes de législation et qui prescrivent une certaine conduite sans faire de la conduite contraire la condition d'une sanction consistant en un acte de contrainte. D'ailleurs il faut reconnaître que dans le cas contraire, c'est-à-dire si les ordres sociaux que l'on appelle droits contenaient effectivement une proportion importante d'impératifs qui ne seraient pas en relation essentielle avec des normes qui instituent des actes de contrainte comme sanction, cela remettrait en question l'admissibilité d'une définition du droit comme un ordre de contrainte, — mais cette hypothèse n'est pas vérifiée par la réalité; et si, selon la prophétie du socialisme marxiste, la suppression de la propriété privée des moyens de production devait avoir pour conséquence de faire disparaître des ordres sociaux positifs dénommés « droits » l'élément contrainte, cela représenterait un changement essentiel du caractère de ces ordres sociaux. Au regard de la définition du droit que l'on a acceptée ici, ils perdraient leur caractère de droits, et les collectivités fondées par eux perdraient leur caractère d'Etats; pour user de la terminologie marxiste, l'Etat « périrait » — mais avec lui « périrait » également le droit.

(1) Cf. *infra*, p. 378 sqq.

e) *Normes juridiques non-indépendantes.*

On a déjà relevé dans un passage antérieur que si une norme prescrit une certaine conduite, et si une seconde norme institue une sanction pour le cas d'inobservation de la première, les deux normes sont essentiellement liées l'une à l'autre.

Tel est tout particulièrement le cas lorsque — ainsi que le fait l'ordre juridique — un ordre normatif ordonne une certaine conduite précisément par le fait qu'il attache à la conduite contraire la sanction d'un acte de contrainte, en sorte qu'une conduite ne peut être considérée comme prescrite au sens de cet ordre, — et par conséquent, si l'on raisonne sur l'ordre juridique, ne peut être considérée comme juridiquement prescrite — que si et du fait que la conduite contraire doit entraîner une sanction. Si un ordre juridique contient, figurant par exemple dans une loi votée par le Parlement, une norme qui prescrit telle conduite et une autre norme qui attache une sanction à l'inobservation de la première, la première n'est pas une norme indépendante, elle est au contraire essentiellement liée à la seconde, elle ne fait que déterminer — de façon négative — la condition à laquelle la seconde attache la sanction; et lorsque la seconde détermine positivement la condition à laquelle elle attache la sanction, du point de vue de la technique législative, la première est superflue. Supposons qu'un Code civil contienne un premier article qui dispose que le débiteur doit rembourser au créancier, dans les termes de leur contrat, le prêt qu'il en a reçu et un second article qui dispose que, si, contrairement aux stipulations de ce contrat, le débiteur ne rembourse pas au créancier la somme qu'il en a reçue en prêt, il doit être procédé à exécution forcée sur le patrimoine du débiteur, à la demande du créancier : en ce cas, tout le contenu de la première norme se retrouve sous forme négative dans la seconde à titre de condition. Les lois pénales modernes ne contiennent même le plus souvent pas de normes qui, à l'instar de ce que faisaient les Dix commandements, défendraient le meurtre, l'adultère ou d'autres délits; elles se bornent à attacher des sanctions pénales à des faits déterminés. Cela révèle très clairement que la norme « tu ne dois pas tuer » est superflue lorsqu'est en vigueur la norme « celui qui commet un meurtre doit être puni » : l'ordre juridique défend précisément une certaine conduite par le fait qu'il attache à cette conduite une sanc-

tion, ou prescrit une certaine conduite par le fait qu'il attache une sanction à la conduite contraire.

Sont également normes juridiques non-indépendantes celles qui permettent positivement une certaine conduite; car elles ne font rien d'autre que limiter le domaine de validité d'une norme juridique qui interdit cette conduite en attachant à son contraire une sanction. On a déjà donné l'exemple de la norme qui permet la légitime défense.

Cette connexion entre les deux normes ici considérées apparaît d'une façon particulièrement claire dans la Charte des Nations Unies : dans son article 2, paragraphe 4, la Charte défend à tous les membres l'emploi de la force en attachant à cet emploi de la force les sanctions établies dans l'article 39; dans son article 51, elle permet l'emploi de la force en tant que légitime défense individuelle ou collective, — limitant ainsi l'interdiction générale de l'article 2, paragraphe 4. Les deux articles cités forment une unité. La Charte aurait pu se borner à édicter un seul et unique article qui aurait défendu le recours à la force qui n'apparaîtrait pas comme une légitime défense individuelle ou collective, en attachant une sanction au recours à la force. — Autre exemple : une norme défend la vente des boissons alcooliques, c'est-à-dire y attache une peine; mais cette prohibition est limitée par une autre norme aux termes de laquelle la vente des boissons alcooliques n'est pas défendue, c'est-à-dire n'est pas punissable, lorsqu'elle a lieu après et en vertu d'une autorisation administrative. La seconde norme qui limite le domaine de validité de la première est une norme non-indépendante. Elle ne prend toute sa signification qu'en rapport avec celle-ci. Toutes deux forment une unité. Leurs contenus peuvent être exprimés en une seule norme : si quelqu'un vend des boissons alcooliques sans autorisation administrative, il doit être puni. Ici, le rôle de la permission simplement négative, qui consiste en ce que l'ordre juridique n'interdit pas une certaine conduite, n'entre plus en question, car la permission n'a pas lieu ici par une norme positive.

De même que certaines normes juridiques limitent le domaine de validité d'une autre norme, certaines autres anéantissent complètement la validité d'une autre norme. Des normes abrogatoires de cette sorte sont aussi des normes non-indépendantes : elles ne peuvent être comprises qu'en relation avec d'autres normes qui prévoyaient des actes de contrainte.

Une autre catégorie encore de normes juridiques non-indépendantes est constituée par celles qui habilent à se conduire d'une certaine façon; si l'on entend par « habilitier (*ermächtigen*) » conférer à un individu un pouvoir spécifiquement juridique, c'est-à-dire le pouvoir de créer des normes juridiques. Ces normes d'habilitation ne font que déterminer l'une des conditions auxquelles un acte de contrainte est attaché — dans les normes indépendantes. Ce sont les normes qui donnent le pouvoir de créer des normes juridiques générales, les normes de la Constitution qui règlent la législation ou qui instituent la coutume comme fait créateur de droit; et les normes qui règlent la procédure juridictionnelle ou la procédure administrative, au moyen desquelles les normes générales créées par la loi ou la coutume seront appliquées dans des normes individuelles par les autorités juridictionnelles et administratives habilitées à cet effet. Un exemple illustrera cette proposition; considérons la situation qui se présente lorsque dans un ordre juridique, le vol est légalement défendu par une peine de prison. La condition de la peine ainsi instituée n'est nullement le seul fait qu'un individu a commis un délit. Il faut que le fait du délit soit établi, selon une procédure déterminée par les normes de l'ordre juridique, par le tribunal qui en reçoit pouvoir à cet effet; il faut qu'en suite de cette constatation, ce tribunal ordonne une peine déterminée par la loi ou par le droit coutumier, et il faut enfin qu'un autre organe exécute cette peine. Le tribunal n'a le pouvoir de prononcer une peine contre le voleur suivant une certaine procédure que lorsqu'une norme générale attachant au vol une certaine peine a été créée suivant une procédure conforme à la Constitution. La norme de la Constitution qui habilite à la création de cette norme générale détermine l'une des conditions auxquelles la sanction est attachée. Pour décrire cette situation de façon complète, il faut énoncer une proposition juridique telle que celle-ci : si les individus ayant reçu pouvoir de légiférer ont posé une règle aux termes de laquelle les voleurs doivent être frappés de telle peine, et si le tribunal qui en tient le pouvoir du Code de procédure pénale a établi, selon une procédure déterminée par ce Code, que tel individu a commis un vol, et si ce tribunal a ordonné la peine légalement prévue — alors tel organe doit exécuter cette peine. Un tel libellé fait apparaître le caractère de normes non-indépendantes, d'abord des règles de la Constitution qui donnent

le pouvoir de créer des normes générales en réglant l'organisation et la procédure de la législation, ensuite et de même des règles du Code de procédure pénale qui habilite à la création de ces normes individuelles que sont les décisions de juridiction pénale en réglant l'organisation et la procédure des juridictions pénales; l'un et l'autre de ces deux groupes de règles ne font que déterminer des conditions auxquelles les sanctions pénales doivent être réalisées. L'accomplissement de tous les actes de contrainte institués par un ordre juridique est conditionné de cette façon, même celui de ces actes qui ne sont pas ordonnés suivant une procédure juridictionnelle, mais suivant une procédure administrative, et de ceux qui n'ont pas le caractère de sanction. La création conforme à la Constitution des normes générales à appliquer par les organes d'application du droit, et la création conforme à la loi des normes individuelles où ces organes ont à appliquer les normes générales, sont des conditions de l'accomplissement des actes de contrainte, de même ordre que l'établissement du fait du délit ou la constatation d'autres circonstances dont les normes juridiques font la condition d'actes de contrainte qui n'ont pas le caractère de sanctions. Mais les normes générales qui, sous toutes ces conditions, instituent des actes de contrainte, sont, elles, des normes juridiques indépendantes, même si l'acte de contrainte n'est pas ordonné ou prescrit, faute qu'un autre acte de contrainte soit attaché à son non-accomplissement. Si l'on dit que l'acte de contrainte est « habilité », le mot « habilité (*ermächtigt*) » est employé en un sens plus large. Il ne désigne pas alors seulement l'attribution d'un pouvoir juridique, c'est-à-dire de la faculté de créer des normes juridiques, mais également l'attribution de la faculté de faire les actes de contrainte prévus par les normes juridiques. Si l'on considère également cette faculté comme un « pouvoir (*Macht*) », cette faculté aussi peut être désignée comme un pouvoir juridique en ce sens plus large du mot.

Enfin, appartiennent également au groupe des normes non-indépendantes celles qui précisent le sens d'autres normes, par exemple en définissant une notion utilisée dans la formulation d'une autre norme, et celles qui d'une autre façon interprètent authentiquement une norme. Ainsi un Code pénal peut contenir un article qui déclare : « Est meurtre toute conduite par laquelle un homme provoque intentionnellement la mort d'un autre homme. » Cet article est une définition du meurtre; il n'a de caractère normatif

qu'en connexion avec un autre article qui dispose : « Lorsqu'un homme commet un meurtre, le tribunal habilité à cet effet doit prononcer contre lui la peine de mort »; et cet article est de nouveau en connexion indissoluble avec un troisième article qui prescrit : « La peine de mort doit être exécutée par pendaison. »

De ce qui vient d'être dit, il résulte qu'il est juste de caractériser l'ordre juridique comme un ordre de contrainte en dépit du fait que toutes et chacune de ses normes ne statuent pas des actes de contrainte; ce qui justifie ou permet de maintenir malgré cela cette caractéristique, c'est ce fait que toutes celles de ses normes qui n'instituent pas elles-mêmes un acte de contrainte et qui, par suite n'ordonnent pas la création de normes, mais simplement y habilitent, ou qui permettent positivement, sont des normes non-indépendantes, puisqu'elles ne valent qu'en liaison avec d'autres normes qui instituent un acte de contrainte. Mais même toutes les normes qui instituent un acte de contrainte n'ordonnent pas toutes une certaine conduite, plus précisément la conduite contraire; seules le font celles qui ordonnent l'acte de contrainte comme réaction contre une certaine conduite humaine, autrement dit : comme sanction. Par suite, pour cette raison aussi (1), le droit n'a pas exclusivement caractère prescriptif ou impératif. Un ordre juridique étant un ordre de contrainte, dans le sens que l'on a précédemment défini, il peut être décrit dans des propositions qui déclarent que dans certaines conditions, c'est-à-dire dans des conditions définies par l'ordre juridique, certains actes de contrainte définis par lui doivent être effectués. La totalité des matériaux premiers donnés dans les normes juridiques d'un ordre juridique s'insère dans ce schéma de la proposition de droit formulée par la science du droit, — cette proposition de droit qu'il faut distinguer nettement de la norme juridique posée par l'autorité juridique (2).

(1) Cf. *supra*, p. 22.

(2) Cf. *infra*, p. 314 sqq.