

2009

## Le concept hartien d'obligation juridique Stephen

Stephen Utz

*University of Connecticut School of Law*

Follow this and additional works at: [https://opencommons.uconn.edu/law\\_papers](https://opencommons.uconn.edu/law_papers)



Part of the [Law and Philosophy Commons](#)

---

### Recommended Citation

Utz, Stephen, "Le concept hartien d'obligation juridique Stephen" (2009). *Faculty Articles and Papers*. 483.  
[https://opencommons.uconn.edu/law\\_papers/483](https://opencommons.uconn.edu/law_papers/483)

# Le concept hartien d'obligation juridique

*Stephen Utz\**

## **Résumé**

La tentative de H. L. A. Hart à démontrer qu'on peut distinguer des systèmes juridiques d'autres assemblages de règles sans recourir aux normes morales et, ainsi de réfuter la doctrine de la loi naturelle, semble supposer la dichotomie fait/valeur dans sa formulation la plus extrême. Dans le cadre de son projet, Hart a proposé une vue de l'obligation juridique qui a exercé une influence même sur ceux qui ont des doutes quant au projet principal de Hart. Ce rapport essaie de soutenir qu'une version moins extrême de la dichotomie fait/valeur aurait dispensé Hart de défendre une thèse de l'obligation juridique dans sa forme la plus ambitieuse et que ce qui en aurait résulté, ce regard moins radical sur l'obligation juridique est à la fois vraisemblable et compatible avec des vues du droit non-positivistes.

**Mots clés:** Concept hartien d'obligation juridique. Positivism juridique. Dichotomie fait/valeur. Critère empirique pour reconnaître des systèmes juridiques. Doctrine de la loi naturelle. Séparation du droit et de la morale.

## **Abstract**

H. L. A. Hart's well known attempt to show that a legal system need not satisfy moral standards to be such, and thereby to disprove the alleged thesis of natural lawyers that a wicked law is no law at all, apparently assumes the fact-value dichotomy in its most radical formulation. As part of his project, Hart advanced a putatively value-neutral analysis of legal obligation that holds distinct attraction even for those who question Hart's broader project. My paper argues that a less extreme view of the fact-value dichotomy would have excused Hart from defending his view of legal obligation in its most ambitious form, and that the resulting, less radical view of legal obligation is not only plausible but also compatible with non-positivist views of law.

**Keywords:** Hart on legal obligation. Legal positivism. Fact-value dichotomy. Empirical criterion for identifying legal systems. Natural law. Separation of law and morality.

---

\* Professor at the University of Connecticut School of Law, Hartford, Connecticut.

## 1. Introduction

La dichotomie fait/valeur est morte; vive la dichotomie! Malgré ses nombreux détracteurs, cette idée souveraine se manifeste partout aujourd'hui dans le champ théorique. Ses traces sont éparpillées si densément qu'il faut lui faire face même dans la discussion des théories du droit. En particulier, le positivisme juridique et la doctrine de la loi naturelle sont difficiles à comprendre si on ne prend pas pour acquis ce point de repère conceptuel, ou du moins si on ne suppose pas que les faits et les valeurs appartiennent à deux sphères plus ou moins distinctes. La question posée aujourd'hui est de savoir si, dans la mesure où la dichotomie disputée est liée au positivisme juridique, les deux vues théoriques tiennent debout ou chutent ensemble. Cependant, mon thème principal sera le concept d'obligation juridique selon H. L. A. Hart. Je soutiendrai que la dichotomie a eu une influence importante sur l'analyse hartienne d'obligation mais aussi que l'effondrement de la dichotomie nous aide à résoudre quelques problèmes qui affligent le projet hartien.

*C'est la séparation du droit et de la morale, et non pas la séparation du fait et de la valeur, qui importe plus pour le positivisme juridique, parce que l'opposition du positivisme à la doctrine de la loi naturelle est fondamentale.* Selon les partisans de la loi naturelle, une loi immorale n'est pas du tout du droit. Mais ce point de départ implique inexorablement que pour qualifier un ensemble d'institutions humaines comme système juridique il faut juger autoritairement les valeurs inhérentes dans ces institutions. Donc, la reconnaissance des systèmes juridiques serait limitée aux experts de la morale, résultat pour le moins surprenant. Les promoteurs du positivisme, en revanche, insistent sur le fait que tout le monde peut identifier des exemples paradigmatiques des systèmes juridiques, et que cette capacité ne présuppose pas de compétences morales.

L'hypothèse selon laquelle un critère moral est nécessaire pour décider si un système juridique potentiel mérite cette appellation nous semble exotique, en raison de la variété des systèmes candidats à cette appellation. Ces systèmes n'ont pas de contenu suffisamment semblable pour être tous des systèmes juridiques, si un critère moral est essentiel pour juger la validité de tous, en particulier si la même morale s'applique aux sociétés différentes. Si la morale joue un rôle décisif dans la détermination de leur validité, comment peuvent-ils être valides? En outre, il est évident qu'un critère moral ne distingue pas un système d'un autre, sauf si leurs prescriptions ou leurs permissions de comportement sont en désaccord. Les grands domaines du droit privé qui attachent des conséquences légales aux faits librement choisis des individus telles que les obligations découlant de contrats, ne régissent pas le comportement. Ils n'expriment pas de jugements moraux et paraissent ne pas avoir d'implications morales. Donc, un critère moral les traiterait comme étant tous également valides ou invalides, du moins si leurs conséquences éloignées n'étaient pas immorales.

Pour toutes ces raisons, le positivisme juridique paraît remporter le match l'opposant à la doctrine de la justice naturelle. *Mais, le positivisme juridique ren-*

*contre aussi des difficultés.* Le triomphe est creux si on ne peut pas avancer un critère dont la morale ne fait pas partie.

## 2. Le projet positiviste

### 2.1. *La quête d'un critère empirique pour sélectionner des systèmes juridiques*

La tâche principale du positivisme juridique est difficile à cause de l'existence d'autres espèces de règles ostensiblement non morales. Comment pouvons-nous distinguer les systèmes juridiques des autres systèmes de règles, tels que le système des bonnes manières ou les règles de jeux? Qui peut démontrer que les règles juridiques ont plus de gravité que ces autres systèmes de règles? Il est évident que les règles de jeu n'inspirent pas aux joueurs le respect que les normes d'un système juridique demandent aux citoyens. Néanmoins, le droit et les jeux sont tous les deux ordonnés.

Historiquement, l'idée même d'ordre sans contenu moral fut liée à la dichotomie fait/valeur. L'arrière-scène du positivisme juridique britannique du 19<sup>ème</sup> siècle a été l'utilitarisme des Philosophes radicaux, c'est-à-dire de Jeremy Bentham et ses disciples. Au cœur de cette théorie de la morale figurait l'énoncé qu'un seul principe liait le fait et la valeur: se comporter ainsi qu'on maximise l'utilité du plus grand nombre d'individus. Normalement nous ne nous intéressons qu'à l'aspect positif de ce principe: sa méthodologie ostensiblement empirique pour calculer le bien ou le mal de nos choix pratiques. Mais il y a aussi un aspect négatif, qui nous conseille d'accepter la dichotomie fait/valeur comme origine du problème de la morale. L'utilitarisme insiste sur le fait que, sauf pour la signification morale du calcul utilitariste, la dichotomie resterait intacte. Le législateur peut se tromper en calculant les conséquences d'une loi, même s'il entend légiférer selon l'utilitarisme, et ni la procédure ni les intentions du législateur ne pourraient excuser cette faute de calcul. Alors, le critère selon lequel on reconnaît un système juridique ne peut être lui-même normatif. L'influence de la dichotomie était telle qu'en l'absence d'un critère normatif, la seule possibilité alternative était un critère empirique. C'était le projet de formuler un critère empirique qui, à son tour, a poussé les positivistes les plus anciens à analyser le concept de l'obligation juridique.

Pour nous assurer que la question de savoir si un système juridique potentiel l'est vraiment, le positivisme juridique fait dépendre le critère du droit seulement de la collecte de données et non de jugements de valeur. Les versions classiques du positivisme juridique ont avancé deux explications du concept d'obligation juridique. Ces définitions font partie d'une vue d'ensemble des caractéristiques qui suffisent prétendument à reconnaître un système juridique. Mais l'aspect le plus intéressant ici est que ces deux perceptions de l'obligation légale sont délibérément empiriques.

## 2.2. Les deux critères principaux du positivisme juridique

C'est sur ce point qu'un gouffre s'est ouvert entre les versions rivales du positivisme. L'explication la plus ancienne du concept de l'obligation juridique selon le positivisme est celle de John Austin apparue dans son livre *The Province of Jurisprudence Determined* (1861). D'après lui, le droit est l'ensemble des commandements rendus contraignants par les sanctions physiques ou économiques avec lesquelles un souverain menace ses sujets. En ce sens, les normes légales sont des "ordres appuyés de menaces", selon une expression de Hart. Ces ordres contraignants ne se réfèrent pas en premier lieu à l'autorité du souverain. Au contraire, l'autorité elle-même se réduit à l'existence d'une obéissance habituelle d'une population donnée à des commandements auxquels elle obéit par peur des sanctions et non par respect pour leur source.

L'expression "ordres appuyés de menaces" était, bien entendu, une caricature. Pour un philosophe aussi précis et modéré que Hart, cette caricature est indélicate. Cela a été fait peut-être pour souligner que les versions antérieures du positivisme, servies par cette analyse ancienne de l'obligation, étaient elles-mêmes plutôt primitives. Et à qui incombe la faute d'être primitif à cet égard? À la représentation du droit qui en résulte et qui a omis le rôle de l'autorité dans nos idées concernant les comportements se pliant à une règle du droit<sup>1</sup>.

Curieusement, dans son œuvre principale, Hart ne mentionne l'autorité que rarement, insinuant que son explication du point de vue interne indique implicitement tout qu'il faut dire à ce sujet<sup>2</sup>. Autre aspect curieux: il ne s'attarde pas pour souligner comment son analyse de l'obligation juridique rend compte du rôle de l'autorité dans un système juridique; il se contente de nous donner la formule d'un système juridique, pour lequel le point de vue interne est fondamental, et n'en dit pas plus<sup>3</sup>.

En fait, Hart exige de la part des sujets d'un système juridique peu d'obéissance et peu de respect pour l'autorité du droit. «Il existe [...] deux conditions minimales nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique. D'une part, les règles de conduite [...] doivent être généralement obéies, et, d'autre part, ses règles de reconnaissance, déterminant les critères de validité juridique, ainsi que ses règles de changement et de décision, doivent être effectivement admises par ses autorités comme constituant des modèles publics et communs de la conduite qu'elles adoptent en cette qualité»<sup>4</sup>. Pour lui, il suffit que les juges et autres officiels chargés d'interpréter les règles du système adoptent le point de vue interne par rapport aux critères ultimes de validité du système, qui ne sont pas le genre de règles appuyés de menaces (si un juge n'a pas pris le point de vue

<sup>1</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 19-20.

<sup>2</sup> Ivi, p. 98.

<sup>3</sup> C'est pas complètement juste: pour être complet, il convient de souligner cependant que son sommaire du positivisme au chapitre x du *Concept de droit* est plus explicite à cet égard.

<sup>4</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit* (1961), traduit par M. van de Kerchove et J. van Droogenbroek, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 145-46.

interne envers les règles secondaires du système, le système pourrait le laisser faire, comme c'est le cas dans beaucoup de pays aujourd'hui où il semble que les faux pas d'interprétation des juges n'attirent pas l'attention parce qu'ils font très peu de mal).

### 2.3. *L'analyse des systèmes juridiques pathologiques*

Ce cap surprenant du raisonnement hartien n'est pas paradoxal. Il lui fallait affirmer qu'un système juridique puisse manquer d'autorité perçue du point de vue de la plupart de ses sujets. Il parlait certainement de systèmes juridiques qu'il considérait et qu'il présentait lui-même comme des cas "pathologiques", par exemple, celui de l'Afrique du Sud sous l'Apartheid avec son tribunal exceptionnel pour corriger les décisions des tribunaux ordinaires qui refusaient de faire exécuter les lois répressives. Hart a bien sûr voulu mettre à l'épreuve la capacité de sa théorie à décider de cas douteux.

Notamment, ces cas "pathologiques" concernent surtout des États dont l'autorité perçue par les citoyens est minimale, des États dont les sujets se sentent contraints de tolérer les "règles primaires" de leurs systèmes juridiques et ne considèrent pas l'aspect interne de ces règles: en ce sens, pour eux, le comportement qui s'accorde avec ces règles n'est pas «un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble»<sup>5</sup>. Par ailleurs, «[l]e droit auquel ces citoyens obéissent est un phénomène qu'ils ne connaissent que comme étant 'le droit'. Ils peuvent y obéir pour une multitude de raisons différentes, parmi lesquelles peut figurer souvent, sinon toujours, le fait qu'ils savent qu'il vaut mieux pour eux agir ainsi. Ils sont conscients des conséquences générales que risque d'entraîner une désobéissance: des autorités les arrêteront et d'autres les jugeront et les enverront en prison pour avoir transgressé la loi. Tant que les règles de droit qui sont valides au regard des critères de validité du système sont obéies par l'ensemble de la population, ce fait constitue certainement la seule preuve dont nous ayons besoin pour établir l'existence d'un système juridique donné»<sup>6</sup>.

Cette dernière affirmation est ambiguë. Il est possible, quand Hart dit que la seule preuve d'un système juridique dont nous ayons besoin, mis à part le respect des juges pour les règles de validité du système, est l'apparent comportement de conformité de la population aux règles du système, qu'il entende, en tant que sociologue, que nous ne cherchons pas normalement une preuve plus spécifique. Une autre interprétation possible est que Hart pense qu'il importe peu de savoir si la population est sensible à l'aspect interne des règles. Je pense que c'est cette dernière interprétation qui correspond le mieux à sa pensée.

Trois facteurs viennent appuyer cette hypothèse. En premier lieu, normalement nous ne disons pas qu'une dictature ne peut pas gérer un système juridi-

<sup>5</sup> Ivi, p. 74; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 55.

<sup>6</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit*; cit., p. 143; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 111.

que. Il existe de nombreux d'États de nos jours qui manquent de légitimité du point de vue d'une majorité des sujets. En deuxième lieu, le positivisme juridique affirme bruyamment que le bien ou le mal des lois n'est pas pertinent pour différencier les systèmes juridiques d'autres institutions humaines qui leur ressemblent. En troisième lieu, si la souveraineté légitime d'un État était une condition nécessaire pour l'existence d'un système juridique, la morale exigerait que les sujets de chaque système juridique obéissent au système en tant qu'expression de la volonté souveraine. On ne pourrait donc pas nier que les lois doivent être morales, étant donné que la morale exigerait que les sujets respectent ces lois et se plient à elles.

Donc, le positivisme est confronté à un dilemme. *La possibilité d'une souveraineté légitime ne peut pas convenir à la séparation du droit et de la morale avancée par le positivisme juridique.* Mais, le positivisme ne veut pas non plus avoir besoin de prouver *l'impossibilité* d'une souveraineté légitime. Si, dans un État quelconque, il existe une autorité politique strictement nommée, ce que cette autorité ordonne doit constituer une raison, indépendamment d'autres raisons morales ou événementielles, pour se plier aux ordres de cet État. L'autorité politique, dans le seul sens qui nous intéresse, est toujours péremptoire en ce sens que ses ordres peuvent supplanter d'autres raisons qu'un individu doit considérer pertinent à une décision morale. Si une telle autorité légitime est possible, l'obligation d'obéir aux lois du régime ordonné par cette autorité est simplement le devoir moral<sup>7</sup>. Le positivisme doit affirmer qu'il peut y avoir des systèmes juridiques sans autorité légitime, afin d'établir qu'une loi peut mériter le nom sans satisfaire à des critères moraux. Mais, c'est seulement pour de tels systèmes qu'on a besoin d'expliquer l'obligation juridique. Dès lors, pour le projet positiviste, il est mieux positiviste, il est préférable de se diriger comme si cette espèce de système seule existait, parce que de cette façon le projet paraît plus central.

Bien que l'existence de l'autorité légitime ne prouve pas que le positivisme soit faux, le rôle adouci de l'autorité dans l'analyse positiviste d'États faibles, en faillite, ou simplement mauvais, nous avertit de *l'a priori* positiviste pour éviter l'investigation sur la justification de l'autorité. Alors, nous avons le paradoxe dans la théorie hartienne de l'accent mis sur le rôle de l'obligation dans l'analyse des systèmes juridiques qui nie l'importance de l'autorité dans ces systèmes. Il se peut que cette particularité masque d'autres caractéristiques importantes de cette théorie.

---

<sup>7</sup> Hart a remarqué que certains partisans de la thèse selon laquelle il existe un lien nécessaire entre le droit et la morale entendent que tous les systèmes juridiques légitimes illustrent ce lien nécessaire, dans le sens où la morale exige que ses sujets lui obéissent, bien qu'ils puissent critiquer des lois du système qui sont injustes ou immorales. «They claim that for a legal system to exist there must be a widely diffused, though not necessarily universal, recognition of a moral obligation to obey the law, even though this may be overridden in particular cases by a stronger moral obligation not to obey particular morally iniquitous laws», H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 153; H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, cit., p. 191.

### 3. Règles de jeux et règles du droit

#### 3.1. *Le point de vue interne vis-à-vis règles de jeux*

La thèse hartienne fondamentale — à savoir que l'essence d'un système juridique est la combinaison de l'obéissance d'une population aux règles de comportement que les officiels du système interprètent en utilisant les règles de validité du système du point de vue interne — suppose qu'on puisse comparer le respect des règles primaires d'un système juridique qui ressemblent aux normes morales par des citoyens ordinaires avec le respect des règles secondaires qui ne ressemblent pas à des normes morales par les officiels. Même si sa description de notre habitude de classer en tant que systèmes juridiques ces systèmes candidats que la plupart des sujets ne respectent pas, il est audacieux de reconnaître aux fonctionnaires dans tels systèmes une attitude comportant la même gravité que celle que quelqu'un exhibe en se pliant aux règles de comportement quotidien.

Considérons le contraste frappant entre la disposition de joueurs d'échecs envers les règles du jeu et la disposition de religieux envers la morale de leur religion. Selon toute vraisemblance, en jouant aux échecs le joueur sérieux se conforme soigneusement aux règles, ne voulant pas se mettre dans l'embarras par un faux pas. Mais, l'attention d'un joueur n'est pas la dévotion d'un adepte respectueux. Le joueur qui considérerait les règles comme étant absolument obligatoires nous semblerait fou. Se conformer à ces règles est essentiel pour être admis dans le jeu, c'est-à-dire être en compagnie d'autres qui jouent conformément à ces règles. Si on les invoquait comme des raisons pour choisir un fait et non pas un autre, les règles du jeu ne seraient pas suffisamment sérieuses pour susciter des éloges ou du ressentiment. Voir l'ironie du titre du film de Renoir — "La règle du jeu". En effet, quelqu'un qui critiquerait un autre joueur pour sa désobéissance aux règles d'un jeu autrement qu'en protestant contre une fraude dans un match particulier aurait un comportement absurde, et dans un cas de fraude le défaut n'est pas seulement la violation des règles du jeu mais le mal de tricher.

#### 3.2. *La différence de portée entre règles de comportement générales et la règle de reconnaissance*

Si Hart n'exige des juges et des divers fonctionnaires des systèmes juridiques que le point de vue de joueurs sérieux, je suggère que son critère de distinction des systèmes juridiques n'est pas fidèle à sa théorie de l'obligation juridique. La disposition de joueurs, y compris de joueurs sérieux, n'est pas comparable à la disposition de ceux pour qui une loi est digne de respect dans leurs décisions pratiques. L'essence des jeux est qu'ils sont des exceptions à la vie normale. Hart lui-même décrit les règles de jeu comme étant «d'une portée très limitée», comparable aux vogues vestimentaires<sup>8</sup>. De telles règles sont justement celles auxquelles la gravité des normes morales ou des jugements moraux fait défaut.

<sup>8</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 166; H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, cit., p. 205.



Selon le positivisme hartien, il est suffisant que les juges se comportent comme des participants fidèles aux règles d'un jeu<sup>9</sup>. Considérez le juge qui se comporte en accord avec les règles de validité de son système national en déclarant quelqu'un coupable d'un crime, et qui, en même temps croit secrètement que la loi en question est injuste, bien que valide. On peut dire que c'est l'aspect interne des règles de validité qui dirige le raisonnement du juge, et on ne peut pas dire qu'il leur obéit sans les respecter, parce qu'il les applique activement. Il n'est pas nécessaire que les conséquences des règles de validité lui plaisent. Il n'y a pas d'incohérence entre ses valeurs morales et sa loyauté envers son travail, parce que le droit et la morale sont séparés.

Mais est-ce que cette description de la disposition essentielle des fonctionnaires indique une caractéristique concrète, en accord avec l'empirisme prétendu du positivisme juridique? Si les juges d'un système national, en décidant si des règles particulières y appartiennent, doivent considérer les règles secondaires du système du point de vue interne, il est possible aussi qu'ils fassent semblant de les respecter, sans le faire sérieusement ou sincèrement. Pour le chercheur empiriste, les données sont inévitablement insuffisantes pour distinguer le comportement judiciaire qui est sincère à cet égard du comportement hypocrite. C'est dans la nature des règles qui ne régissent pas la vie normale des sujets – les règles qui ressemblent à des règles morales – de ne pas pouvoir différencier entre l'obéissance sincère et l'obéissance mécanique ou hypocrite.

### 3.3. *La similarité des règles secondaires et d'ordres appuyés de menaces*

Les sanctions qu'encourt le juge qui ne fait pas du moins semblant de respecter les règles secondaires d'un système juridique suffisent à expliquer le comportement qui semble manifester l'influence de l'aspect interne des règles secondaires. Soit le juge est fidèle aux règles de validité, soit il perd son poste (le joueur est pareillement contraint: soit il joue en suivant les règles de jeu, soit les autres joueurs l'expulsent du jeu). Le comportement de chaque juge est surdéterminé à cet égard. Dès lors, même si le juge manifeste autrement son respect pour les règles de validité, en parlant de ces règles comme des raisons pour agir en conséquence, le chercheur empiriste ne peut pas discerner si ce comportement est cynique ou sincère. En ce qui concerne les règles primaires, en particulier les règles qui ressemblent aux règles morales, cette surdétermination n'existe pas. Les gens qui se plient aux règles juridiques régissant la vie quotidienne ne sont pas

---

<sup>9</sup> Hart a nié que la dépendance vis-à-vis du concept de justice établit un lien nécessaire entre les systèmes juridiques valides et la morale. Il a avancé que cette dépendance est cohérente avec la possibilité de croire une loi d'un système juridique injuste sans nier ni la validité du système ni celle de la loi. Son explication du rôle central du concept de justice dans le droit était qu'il était normal de critiquer l'application d'une règle juridique en ce qui concerne la justice de la distribution de l'avantage ou du fardeau de cette règle, mais le droit ne pourvoit pas le système de valeurs auquel on réfère en faisant cette espèce de critique.

confrontés à des menaces d'expulsion du pays s'ils les transgressent, du moins sauf dans les cas les plus extrêmes. La conformité aux exigences du droit pénal n'est pas une condition aussi étroite de participation dans la vie de la société que la conformité aux règles secondaires est une condition d'emploi comme juge.

#### 4. La valeur d'un critère non purement empirique

##### 4.1. *Le critère hartien sans la dichotomie fait/valeur*

Est-ce à dire que si l'aspect interne du droit ne soutient pas un critère empirique pour les systèmes juridiques, le projet hartien échoue? À première vue, il semble que le critère en question puisse réussir de façon intéressante, même s'il n'est pas possible de distinguer les juges sincères des juges cyniques. Le critère éclaire le débat sur la séparation du droit et de la morale s'il réplique l'emploi quotidien des mots "système juridique", différenciant de manière pratique les systèmes juridiques des systèmes de règles trop pathologiques pour être ainsi nommés par la plupart des gens. Il est possible que nous imaginions que certains systèmes nationaux manifestent les deux sceaux énumérés par Hart comme des marques identifiantes des systèmes juridiques —une population qui obéit aux règles primaires et des juges qui appliquent les règles secondaires en considérant l'aspect interne de ces règles— bien que nous ne nous accommodons pas de l'empirisme extrême du concept de l'aspect interne, dont Hart veut nous convaincre.

Pourtant, si c'est seulement dans ce sens que Hart a réussi, sa discussion des défauts des ordres appuyés par des menaces serait peu concluante. Il serait possible que son remplaçant prétendu pour le critère morale avancé par les adhérents de la loi naturelle fonctionne assez bien. Il se pourrait même que son critère lui-même soit contaminé de la morale, parce que ce critère se ramenait aux fondations de notre usage commun de l'expression "système juridique", fondations qui sont peut-être contaminés par nos jugements moraux.

##### 4.2. *Le point de vue interne élargi pour accommoder les raisons valables*

Si le positivisme hartien<sup>10</sup> accentuait l'aspect interne des règles de validité dans la méthodologie de l'interprétation juridique, le positivisme en résultant pourrait se confondre avec la théorie de Dworkin<sup>11</sup>. Cette fusion, si elle avait lieu, témoignerait d'une certaine manière l'effondrement de la dichotomie fait/valeur. Mais les valeurs dont le positivisme juridique se servirait ne seraient pas

<sup>10</sup> Je ne considère pas ici la question historique de savoir jusqu'où l'homme lui-même y a cru.

<sup>11</sup> Cf. R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1986; R. Dworkin, *L'empire du droit*, traduit par E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994.

celles de la morale. Hart lui-même semble presque avoir été tenté de comprendre le développement du droit comme interprétation créatrice, quand il réfléchissait à l'inévitable présence dans la pensée juridique d'une norme destinée à traiter de la même manière des cas semblables. Selon ses propres mots: «lorsque nous passons de la justice ou de l'injustice dans l'application de la règle de droit à l'appréciation de la règle de droit elle-même en ces termes, il est évident que la règle de droit ne peut plus déterminer elle-même quelles similitudes et quelles différences le droit doit reconnaître entre les individus pour que ses règles traitent de la même manière des cas semblables et soient, ainsi, justes»<sup>12</sup>. Sa conclusion entendue était que le rôle du droit n'était pas celui de déterminer quelles similitudes et quelles différences il fallait reconnaître. Mais il pourrait aussi facilement avoir conclu que la discrimination nécessaire pour mettre en oeuvre la régularité des règles est au bout du compte proprement inhérente dans le processus du droit.

À ce moment, nous pouvons utilement reprendre notre enquête sur le lien entre le positivisme juridique et la dichotomie fait/valeur. L'une des raisons avancées pour l'affaiblissement de la dichotomie est "l'épaisseur" des expressions morales comme "courage" ou "justice". Philippa Foot a observé<sup>13</sup> que les conditions d'application de ces expressions sont autant factuelles que normatives. Par exemple, on ne peut justement attribuer du courage à quelqu'un que vis-à-vis de son comportement dans des situations de menace; or ce qui est "menaçant" dépend des faits. La présence de description factuelle dans l'évaluation des comportements n'établit pas que des conditions factuelles déterminent le résultat de l'évaluation. Mais ce phénomène suggère qu'on ne peut pas trouver un critère pour l'emploi des concepts moraux qui ne suppose pas des faits et des relations de cause et effet. Peut-on aussi trouver un critère pour l'emploi des descriptions factuelles qui ne suppose pas des valeurs? Le projet du positivisme juridique porte sur un cas spécial de cette question, en ce qui concerne le critère empirique pour "système juridique".

Donc, réduire le discours de l'obligation légale à la description d'aspects du comportement judiciaire serait une preuve frappante de la réalité de la dichotomie fait/valeur. À cet égard, le positivisme hartien s'engage vis-à-vis la dichotomie. Si la dichotomie s'affaïsse, cet engagement doit s'affaïsser aussi.

### 4.3. *Réconciliation de Hart et Dworkin*

Revenons à l'hypothèse que l'aspect interne du droit est plus profond que dans l'esquisse des règles de jeu. Si l'aspect interne du droit est la manifestation de l'autorité perçue des normes juridiques, si ces normes fonctionnent pour ceux qui les respectent comme des raisons péremptoires en décidant entre alternatives pratiques, les systèmes juridiques représentent toujours en grande mesure des

<sup>12</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 157; H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, cit., p. 196.

<sup>13</sup> Cfr. Ph. Foot, *Moral Arguments*, in "Mind", New Series, 67, 1958, pp. 502-13; Ph. Foot, *Morality as a System of Hypothetical Imperatives*, in "Philosophical Review", 81, 3, 1972, pp. 305-16.

systèmes de valeurs. Évidemment, ces systèmes de valeurs ne dépendent pas de la morale, sauf en empruntant la méthode de la morale et des points de repère.

La tentative de Hart d'expliquer le concept du "comportement qui se plie à une règle" n'échoue pas inévitablement si le point de vue interne laisse supposer, par exemple, le principe de l'"intégrité du droit" élaboré par Dworkin. La reconnaissance d'une manière distincte de résoudre des cas difficiles —une méthodologie pratique ou un système de valeurs— peut même compléter l'esquisse de l'aspect interne du droit. À cet égard Hart aurait pu inclure les apports de Dworkin sans pour autant se discréditer.

Les commentaires critiques de Dworkin à propos du "modèle des règles" de Hart sont une autre question. Dworkin a peut-être raison (ce que je maintiens par ailleurs), le modèle de règles ne représente pas de manière adéquate la structure des systèmes juridiques. Mais ceci est en dehors du projet de Hart de montrer que la loi et la morale sont séparées. Tout ce que Hart avait besoin de montrer était qu'il peut y avoir un critère pour "un système juridique" qui ne présuppose pas des réponses spécifiques à des questions de morale. Un tel critère serait assez empirique (basé sur le fait de l'attitude d'acceptation critique des officiels à l'égard des règles secondaires), bien que traversant une borne quelconque entre le domaine des faits et celui des valeurs. Que le raisonnement des juges soit contraint par le point de vue interne ne pose pas de problème, même si cela signifie que les juges doivent se comporter comme "Hercule", c'est-à-dire, qu'ils doivent essayer de construire un système de règles qui soient cohérentes et représentent des valeurs intelligibles.

L'alternative pour Hart serait que l'aspect interne du droit soit ouvert à toute idée exprimée dans les règles jugées aptes par les juges à être incluses dans le système juridique. Philippa Foot a eu certainement raison quand elle avançait que la dichotomie fait/valeur est erronée dans la mesure où elle suggère que les jugements moraux peuvent être complètement indépendants des faits. À l'inverse, la détermination de ce qui peut constituer une règle du système de conduite ne peut se faire indépendamment des valeurs, pas plus qu'elle ne peut se faire indépendamment des faits. Une règle sans but ou sans valeur est inintelligible, du moins si la règle est une règle qui peut intégrer le point de vue interne.

## 5. Conclusion

En conclusion, je suggère que l'affaiblissement de la dichotomie fait/valeur nous rend capable de formuler une vue de l'obligation juridique, fondée sur l'oeuvre de Hart et appuyée des apports valables de Hart et de Dworkin. Le résultat est une théorie de ce concept à peu près agnostique de la légitimité de l'autorité politique, mais cohérente avec la possibilité qu'une telle autorité soit justifiée en des cas particuliers. Autrement, des systèmes juridiques sont capables d'être reconnus comme tels sans recours à des principes particuliers de la morale. Néanmoins, l'image du droit qui en résulte n'appartient plus au domaine des faits dans l'univers de la dichotomie fait/valeur.

