

CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Droit et pouvoir

André BERTEN
Xavier DJON
Hugues DUMONT
Pierre GOTHOT
Philippe GÉRARD
Guy HAARSCHER
Philippe JESTAZ
Jacques LENOBLE
Albert MEEÛS
Luc MONIN
François OST
Enrico PATTARO
François RIGAUX
Marie-Françoise RIGAUX
Paul TAPIE
Michel VAN DE KERCHOVE
Patrick VASSART
Joe VERHOEVEN
Jerzy WRÓBLEWSKI

Tome I: La validité

*Etudes publiées sous la direction de François RIGAUX
et Guy HAARSCHER par Patrick VASSART*



E.Story-Scientia
éditions juridiques et fiscales

'Nous avons l'honneur de présenter la première publication des travaux menés au sein du Centre interuniversitaire francophone de Philosophie du Droit. Les recherches consacrées aux relations qui se nouent entre les phénomènes de droit et de pouvoir concernent dans ce premier volume la question de la validité des normes et des systèmes juridiques. Ces recherches se poursuivent dans le cadre d'une convention conclue entre le Centre et le Fonds de la Recherche Fondamentale Collective.'

François RIGAUX

Guy HAARSCHER

design? nej de doncker!

D/1987/009/1

ISBN 90 6439 431 8

© E. Story-Scientia

Editions juridiques et fiscales

34-35 Place de Jamblinne de Meux

1040 Bruxelles

Tél.: 02/736.79.10

Aucun extrait de ce livre ne peut être reproduit d'aucune façon, soit imprimé, soit photocopié, soit reproduit sur microfilm ou de quelque manière que ce soit, sans l'autorisation écrite de l'éditeur.

No part of this book may be reproduced in any form by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Table des matières

Introduction	1
<i>François Rigaux</i> : Droit et pouvoir ou la quête de la validité	3
 I. Les racines du binôme droit-pouvoir: Souveraineté et légitimité ..	25
<i>André Berten</i> : Nietzsche, l'origine du droit, le métalangage	27
<i>Luc Monin</i> : Droit et pouvoir selon Michel Foucault	41
<i>Philippe Gérard</i> : Validité juridique et souveraineté	53
<i>Guy Haarscher</i> : Droit, pouvoir, légitimations et temporalité	81
 II. Les trois cercles de la validité	95
<i>François Ost</i> : Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique	97
<i>Jerzy Wróblewski</i> : Validité des normes juridiques - Approche analytique	133
<i>Enrico Pattaro</i> : Validité et pouvoir	145
 III. Les jugements de la validité portés par les organes du pouvoir juridictionnel	159
<i>Paul Tapie</i> : Le Conseil d'Etat et la question de la validité des nor- mes et des systèmes juridiques	161
<i>Albert Meeüs</i> : Le problème de la validité des normes dans la ju- risprudence de la Cour de cassation	177
<i>Hugues Dumont</i> : Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé: pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé.	193
	VII

IV. Effectivité et contrainte	251
<i>Philippe Jestaz</i> : La sanction ou l'inconnue du droit	253
<i>Marie-Françoise Rigaux</i> : Le statut épistémologique de la théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante et ses incidences sur la théorie de la validité des systèmes normatifs.....	277
<i>Pierre Gothot et Joe Verhoeven</i> : Vouloir ou ne pas vouloir contracter?	305
V. Effectivité et force symbolique de la norme	325
<i>Michel van de Kerchove</i> : Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques.....	327
<i>Jacques Lenoble</i> : Réflexions épistémologiques sur les théories contemporaines de la validité des normes juridiques.	347
VI. Sens et légitimité	383
<i>Xavier Dijon</i> : La légitimité ou l'eschatologie du pouvoir.....	385
<i>Patrick Vassart</i> : Le ressort du for intérieur	407

Réflexions épistémologiques sur les théories contemporaines de la validité des normes juridiques

Jacques LENOBLE

Introduction

Deux constats de l'évolution contemporaine de la philosophie du droit ont été récemment opérés. Ils constituent un point de départ opératoire pour nos propres réflexions.

Le premier est celui qu'a opéré Eugenio Bulygin en 1982 dans la dernière édition du volume consacré à la philosophie de l'action dans la série *'Contemporary philosophy. A new survey'*.

Son article intitulé *'norms, normative propositions and legal statements'* commence comme ceci:

*'Two major events characterize the development of legal philosophy in the decade 1966-1976: first, the increasing interest of legal theorists in deontic logic and the subsequent attempts to capitalize upon the insights achieved by deontic logicians for the clarification of legal reasoning and the analysis of legal concepts; second, the powerful attack launched by Ronald Dworkin against the hitherto prevailing trend in legal philosophy, viz. legal positivism.'*¹

Le second est opéré par A. Aarnio, R. Alexy et A. Peczenik en liminaire de leur article *'The foundation of legal reasoning'* paru en 1981 dans *Rechtstheorie*. Tentant d'expliquer l'importance centrale acquise récemment par la théorie du raisonnement juridique dans la théorie du droit, ces auteurs trouvent une première raison dans la situation actuelle de la philosophie du droit, situation qu'ils définissent comme suit:

'The old frontiers, which have been characteristic of legal theory in this century, are dissolving. The analytical school, legal realism, as well as theories based on general hermeneutics or on some version of natural law (Natur- und Vernunftrecht) are – at least in their original and pure form – no longer separate positions, one of which has to be selected to the exclusion

1. E. BULYGIN, *'Norms, normative propositions, and legal statements'*, *Contemporary philosophy. A new survey*, edited by G. Fløistad, Martinus Nijhoff, The Hague, Boston, London, 1982, p. 127.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

of the others. The deficiencies of each of these positions have become too evident. Not a selection among positions which have been weakened by decades of criticism, but the collection of those of their parts which survived intact, is the task of legal theory during the remainder of this century. The aim must be an integral or comprehensive legal theory.²

Ce double constat, complémentaire par ailleurs, est particulièrement adéquat pour introduire à la problématique de la validité des normes juridiques: d'une part les recherches en logique déontique obligent à poser plus clairement la dimension épistémologique d'une telle problématique et cela en mettant en évidence l'ambiguïté des énoncés déontiques; d'autre part, l'accent mis sur une nécessaire intégration des points de vue analytique et herménautique permet précisément d'interroger certains présupposés épistémologiques encore dominants dans les approches du problème de la validité en droit. Explicitons ces deux niveaux.

'Validity is not an univocal concept' nous dit J.W. Harris.³ 'The term "valid law" is ambiguous' nous enseigne A. Peczenik.⁴ L'ensemble des auteurs qui abordent la question de la validité des normes juridiques ne manque pas de relever le caractère équivoque de la notion de validité. S'efforçant d'éclaircir la confusion sémantique, Harris distingue cinq sens possibles. Plus généralement cependant, l'on s'accorde pour considérer que le terme validité recouvre trois acceptions différentes. Ainsi J. Wróblewski distingue 'systemic validity, factual validity and axiological validity'.⁵

A. Aarnio, dans le même sens, parle respectivement de validity, d'efficacy et d'acceptability⁶ et R. Schreiber de 'constitutional, factual and ideal validity'.⁷ Une telle présentation du problème ne laisse cependant pas elle-même d'être ambiguë. C'est qu'en effet les expressions axiological validity, acceptability ou ideal validity peuvent recouvrir deux significations différentes. Elles peuvent signifier soit un des critères de la validité des normes juridiques au sein d'un ordre juridique déterminé, soit au contraire une approche normative et donc non descriptive du problème de la validité des normes juridiques.

L'approche axiologique peut donc se situer soit au même niveau logique

2. A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, 'The foundation of legal reasoning', *Rechtstheorie*, 1981, p. 133.
3. J.W. HARRIS, *Law and Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1979 reprinted 1982, p. 107.
4. A. PECZENIK 'The concept Valid Law', *Scandinavian Studies in Law*, 1972, p. 213.
5. J. WRÓBLEWSKI, 'Verification and justification in the Legal Science', W. KRAWIECZ und al. (eds), *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, p. 207 et s.
6. A. AARNIO, 'On the validity, efficacy and acceptability of legal norms', *Philosophical perspectives in Jurisprudence*, Acta Philosophica Fennica, 1983, p. 152 et s.
7. R. SCHREIBER, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin, New-York, Heidelberg, 1966, p. 58 et s.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

que les approches en terme de légalité ou d'effectivité, soit au contraire se situer à un niveau logiquement autre puisqu'alors elle s'oppose non plus à validité systématique ou factuelle mais à approche descriptive de la validité. Remarquons dès à présent que la perception du double niveau d'ambiguïté du terme validité permet d'expliquer et d'éclairer certaines des toutes dernières controverses théoriques en matière de validité, à savoir notamment celle qui oppose A. Aarnio à Ilka Niiniluoto⁸ (sur ceci cf. *infra*).

C'est très précisément à ce second niveau que se place d'ailleurs A. Peczenik lorsqu'il s'efforce de relever les différents sens confondus dans le terme validité. Il distingue ainsi deux approches de la validité des normes juridiques⁹: l'approche évaluative et l'approche descriptive. qu'il définit en ces termes: "The term valid law is ambiguous when a person says "that legal order is valid", he may mean that it is valuable and that consequently, it ought to be accepted. However, when a lawyer says "the legal order is valid", or when he says "that rule is valid law", he may mean something else, namely that the rule or the order of rules in question has a descriptive property called legal validity, and that this property can be discovered in an objective way, without any evaluations".

Cette dernière distinction, pour n'être pas toujours clairement posée et distinguée de la première distinction tripartite coutumière, n'est pas pour autant absente des théories contemporaines de la validité. Elle leur est au contraire implicite. C'est qu'en effet, moyennant cependant ces nuances importantes sur lesquelles il nous faudra longuement revenir, le présupposé dominant la théorie du droit actuelle est que la validité des normes juridiques ne se laisse scientifiquement déterminer quant à ses critères que moyennant une approche descriptiviste. Ce n'est point, contrairement à ce que certaines lectures caricaturales de la philosophie contemporaine du droit pourraient laisser croire, que les considérations axiologiques sont absentes. Bien au contraire, les auteurs et notamment les plus positivistes d'entre eux¹⁰ n'hésitent pas à en appeler à une vision évaluative du droit. De plus, ainsi

8. A. AARNIO, 'On truth and acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics', *Rechtstheorie, Beiheft 2*, 1981, p. 33-51; I. NIINILUOTO, *Truth and Legal norms*, communication in the 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.

9. A. PECZENIK, *The concept of valid law*, *l. c.*, p. 213.

10. Citons ici le passage très significatif de G. VON WRIGHT: "Legal positivism is right when it maintains that law and morals are essentially different things and when it combats doctrines of "natural law" which blur this distinction. But legal positivism is wrong if, in the name of the "purity of law", it insists on excluding considerations of a moral nature from legislation, legal decision making and the hermeneutic aspects of legal dogmatics" (*Is and Ought*), communication in the 11th world Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki 1983, Plenary main Papers and Commentaries p. 26).

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

qu'on l'a déjà signalé, leur lecture descriptiviste de la validité leur permet d'intégrer le point de vue axiologique au titre de critère de validité d'une norme juridique dans un ordre juridique déterminé: c'est qu'en effet la majorité des auteurs contemporains font intervenir les trois critères, légalité, légitimité et effectivité dans leur théorie de la validité (sur ceci cf. infra). Il reste que la position dominante consiste tout à la fois à affirmer de manière positive qu'il est possible de rendre compte scientifiquement de la juridicité, de la validité des normes juridiques et conséquemment de formuler des énoncés susceptibles de vérité ou de fausseté relativement à la validité des normes juridiques et ensuite dans sa version négative à laisser entendre que le point de vue évaluatif sur la validité est extérieur au champ de la théorie, quelle que soit son utilité dans le champ de la pratique sociale. En appui de cette version négative sont invoquées les positions bien connues du non cognitivisme moral et de ce que les valeurs ne sont point susceptibles de vérité ou de fausseté.

Apparaît à ce stade l'utilité du constat opéré par E. Bulygin de l'intérêt croissant pour la philosophie du droit des recherches opérées en logique déontique. C'est qu'en effet l'idée de base à partir de laquelle approcher le schème épistémologique dominant dans la théorie contemporaine de la validité est que les énoncés sur la validité des normes juridiques constituent des propositions au sens logique du terme. Cette idée a été principalement travaillée par les logiciens déonticiens et leur clarification du caractère logico-sémantique des différents énoncés normatifs.

C'est cependant cette même idée, et par là le schème épistémologique qui lui est lié, que nous voudrions essayer d'interroger, où nous retrouvons le second constat préalablement opéré sur les tendances contemporaines de la philosophie du droit. La prise en considération, en effet, du caractère herméneutique de la science du droit n'oblige-t-elle pas à mettre en question l'image descriptiviste d'une théorie de la validité des normes juridiques? Peut-on formuler des propositions constatatives sur des normes juridiques qui saisissent celles-ci dans leur trait juridique et qu'est-ce à dire saisir une norme juridique dans sa juridicité? La signification normative de l'objet étudié ne rejaillit-elle pas inmanquablement sur l'énoncé qui le prend pour objet en manière telle qu'en 'constater' l'existence impliquerait une dimension prescriptive? Si tel était le cas, on voit combien la dichotomie approche descriptive et approche évaluative sous-jacente à la théorie contemporaine de la validité serait à mettre en question.

Cette interrogation peut être menée par diverses voies.

Il en est deux principales, me semble-t-il.

1. La première est liée aux liens intimes que cette problématique entretient avec les réflexions contemporaines de philosophie sociale et politique. Comme l'indique en effet à juste titre A. Berten, 'la manière dont se posent aujourd'hui les problèmes de légitimité et de légitimation dans les sociétés industrielles avancées reste incompréhensible sans référence à l'événement

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

historique que constitue l'apparition des sociétés dites modernes".¹¹ L'idée est ici justement que la modernité et la rupture qu'elle implique se caractérisent notamment par le fait que dorénavant la problématique de la légitimité est appréhendée en termes de neutralité axiologique et résolue en un sens qui évacue la question du fondement hors du champ de la connaissance théorique. Si l'on suit à cette fin les analyses de Cf. Lefort et de C. Castoriadis, on peut faire apparaître que la légitimité de la normativité sociale d'être ainsi affranchie, avec l'apparition des sociétés capitalistes, des garants méta-sociaux dévoile la possibilité de son caractère historique et arbitraire. A tout le moins, pour employer la terminologie de C. Castoriadis, le caractère instituant de la société se révélant à elle-même "se creuse une distance nouvelle entre la société et l'ordre mythique-cosmique, entre la loi et le pouvoir, entre le pouvoir et le discours. Le travail de l'idéologie – comme peut-être des sciences sociales – se révèle dès lors comme une entreprise interminable de colmatage de la brèche ouverte dans l'ordre traditionnel. Ouverte la question de la légitimation, rien ne semble désormais pouvoir la recloûter".¹² Inutile de dire que dans un tel cadre, de nombreuses recherches se profilent qui tiennent tout à la fois au décryptage des modalités suivant lesquelles précisément les diverses théories juridiques et politiques modernes ont posé la question de la validité des normes juridiques, et à la manière dont l'épistémologie descriptiviste de la normativité est elle-même liée à cette rupture moderne.

Dans cette dernière perspective, il est intéressant de noter combien les versions les plus logiciennes des théories de la validité recèlent parfois des positions ou traduisent des questions qui sont comme un appel ou un signe de la nécessité de son propre dépassement. Nous reviendrons plus loin sur ce retour du refoulé lié au schéma moderne de la neutralité axiologique. Remarquons enfin que cette dimension de philosophie politique et de lecture historique des théories de la validité en rapport avec la problématique épistémologique que nous essayons de poser est fortement présente dans nos travaux. Citons ici simplement les contributions au présent volume de G. Haarscher, et de P. Gothot et J. Verhoeven qui ont très précisément cet enjeu.

2. La seconde, que personnellement nous emprunterons, consiste à pénétrer les débats contemporains de la philosophie du droit et donc d'emprunter les chemins de ceux-là même qui sont les acteurs de la recherche positiviste en droit. Notre but est de tenter tout simplement de faire apparaître le caractère problématique de leur position à l'aide de leurs propres énoncés. Loin de nous l'idée donc de prétendre disposer d'arguments péremptoirs à opposer et sur base desquels défendre une autre thèse épistémologique. Notre

11. A. BERTEN, "Légalité et légitimité. A propos de J. HABERMAS", *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 1980, p. 1.

12. *Ibid.*, p. 4.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

propos est plus modeste. Il consiste à repérer au sein même du positivisme et de son évolution la plus récente la *réurrence d'une structure aporétique au niveau même de l'épistémologie juridique*.

Comme on le constate, notre travail n'a d'autre prétention que d'ouvrir à une question, d'amener une problématique à se poser. Pour se faire, nous distinguerons quatre sections dans nos développements. Les trois premières auront pour objet une lecture chronologique de la philosophie contemporaine du droit: elles concerneront les problèmes posés par les théories de Kelsen, Hart et Aarnio relativement à notre question. Enfin, une quatrième section sera consacrée à tenter de mettre en rapport les résultats déjà acquis avec les réflexions de J. Habermas.

Section I

La distinction kelsénienne entre Rechtsnorm et Rechtssatz

Pour faire aperecevoir combien la philosophie du droit contemporaine est confrontée à une aporie récurrente quoique non qualifiée comme telle, aporie peut-être liée aux impasses du modèle épistémologique dominant, le premier auteur à prendre en considération est bien évidemment Hans Kelsen. Notre raisonnement sera en trois temps: nous décrirons succinctement la position kelsénienne sur la nature de la proposition de droit; ensuite, nous analyserons les diverses interprétations possibles de cette position; enfin nous verrons les enseignements à en tirer du point de vue de notre question.

A défaut d'être simple, et d'être toujours perçue dans sa complexité, la position kelsénienne est bien connue et il est inopportun ici d'en retracer tous les linéaments. Différents points sont cependant à rappeler. On sait que Kelsen, dans sa tentative d'élaborer un savoir juridique affranchi des idéalizations métaphysiques, s'est d'abord penché sur l'analyse des conditions de possibilité d'un tel savoir. C'est à cette fin qu'il entend distinguer, au départ des éléments spécifiques de la norme laquelle établit entre ses éléments constitutifs un lien logique, dit d'imputation, tout à fait différent de la relation de causalité qui caractérise la loi scientifique, deux types de sciences à savoir la science normative et la science explicative. La science du droit, espèce de science normative, vise à comprendre son objet 'juridiquement' c'est-à-dire 'du point de vue du droit'.¹³ Il s'ensuit que la science du droit ne réalisera son projet qu'à prendre en compte la dimension spécifique du droit, soit sa dimension normative. L'on comprend dès lors la double dimension épistémologique en laquelle se ramène la théorie kelsénienne: la science du droit si elle se doit d'être descriptive, par quoi elle échappe au caractère prescriptif sous-jacent à toute lecture insnaturaliste, doit aussi construire son objet, à savoir saisir le droit à travers la catégorie a priori de norme, comme

13 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, 2^e édition, p. 95.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

Sollen et non comme fait de *Sein*. Ce cadre épistémologique amène Kelsen à caractériser les propositions émises par la science du droit, comme étant à la fois descriptive et normative et par là à spécifier la science du droit par rapport à toute approche causale du phénomène juridique telle que celle adoptée par la sociologie du droit par exemple.

Kelsen s'exprime très clairement à ce propos. Après avoir considéré que 'la science du droit ne saisit la conduite humaine qu'en tant qu'elle est matière de normes juridiques... par cette raison, elle représente une interprétation normative des faits en question', il peut disposer que cette science du droit 'décrit les normes juridiques qui sont créées par des actes humains' et que les propositions par lesquelles la science du droit décrit ces relations sont les propositions de droit (*Rechtssätze*); et Kelsen conclut en disant: 'il faut distinguer ces propositions de droit des normes de droit ou normes juridiques (*Rechtsnormen*)'.¹⁴

S'attachant à préciser cette distinction, Kelsen notera tout d'abord qu'à la différence des normes juridiques qui sont des descriptions, les *rechtssätze*, encore appelées *Sollsätze* (propositions normatives) 'formulées par la science du droit - qui décrivent le droit, mais qui n'obligent ou n'autorisent personne à quoi que ce soit, peuvent être vraies ou fausses alors que les normes (*Sollnormen*) posées par l'autorité juridique... ne sont pas vraies ou fausses, mais seulement valables ou non-valables'.¹⁵ Plus loin, Kelsen ajoute cependant que ces propositions normatives 'sont des propositions de *Sollen* parce qu'elles décrivent des normes', tout en considérant que 'le *Sollen* de la proposition juridique n'a pas, comme le *Sollen* de la norme juridique, un sens prescriptif: il n'a qu'un sens descriptif'.¹⁶ Cette idée du caractère nécessairement normatif de la proposition de droit est encore explicitée par après en des termes qu'il faut noter car ils nous aideront dans l'interprétation de la position kelsénienne: 'Si la science du droit doit exprimer le fait de la validité de l'ordre juridique, c'est-à-dire le sens spécifique dans lequel l'ordre juridique s'adresse aux individus qui lui sont soumis, elle ne peut énoncer qu'une seule chose, à savoir que selon un certain ordre juridique, sous la condition qu'un délit défini par l'ordre juridique soit commis, certaines sanctions définies par le même ordre juridique doivent intervenir... les propositions juridiques que la science du droit doit formuler ne peuvent être que des propositions affirmant un devoir être (*Soll-Sätze*). Mais il faut observer - et c'est la difficulté logique que présente l'analyse de ces données - que l'emploi du mot *Sollen* par et dans les propositions juridiques formulées par la science du droit ne fait en aucune façon qu'elles prennent la signification autoritaire des normes juridiques qu'elles décrivent; dans les propositions juridiques le *Sollen* a un caractère simplement descriptif. Mais du fait

14. H. K. *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, 2^e édition, p. 96-97.

15. *Ibid.*, p. 100.

16. *Ibid.*, p. 102.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

que les propositions juridiques décrivent quelque chose, il ne suit pas que ce qu'elles décrivent soient des faits réels ou positifs.¹⁷

Cette distinction *Sollsätze-Sollnorm*, liée comme on vient de le voir à la conception kelsénienne de la science normative, est loin d'être claire. Comment interpréter les passages précités de Kelsen où celui-ci qualifie tout à la fois de descriptive et de normative la *Sollsätze*? Différentes interprétations ont été avancées qu'il nous importe ici de succinctement rappeler en tant que c'est par leur examen qu'il nous sera possible d'appréhender les implications du projet kelsénien quant à notre propre question.

Il est une première interprétation possible: il s'agirait d'interpréter l'usage du *Sollen* descriptif opéré par les propositions de droit de Kelsen comme l'*'inverted commas use'* décrit par Hare.¹⁸ Le caractère normatif du langage ne serait qu'indirect, 'entre guillemets' et non point direct. Il y aurait en quelque sorte mention du *Sollen* dans la proposition de droit et non point utilisation. On peut trouver dans la philosophie du droit une double expression de ce premier modèle interprétatif.

La première expression peut être trouvée chez G. Kalinowski dans son excellent ouvrage *'Querelle de la science normative'*. Comme l'indique le célèbre logicien, 'Kelsen pense juste mais s'exprime de façon inadéquate. L'ambiguïté est uniquement terminologique: il manque à Kelsen la distinction entre le langage et le métalangage et entre l'expression et son nom pour parvenir à exprimer sans équivoque le caractère descriptiviste de la lecture que la science du droit doit opérer de son objet'. Pour ne point utiliser les outils conceptuels que la sémiotique et la logique contemporaine ont pourtant rendus familiers, continue Kalinowski, 'Kelsen ne s'aperçoit pas que le mot "doit" figurant dans la proposition de droit (*Rechtssatz*) n'est qu'une partie du nom métalinguistique de la norme donnée ... alors que dans la règle juridique (*Rechtsnorm*) est employé le verbe "doit", verbe appartenant au vocabulaire du langage-objet qui est précisément le langage des normes".¹⁹ En fait, conclut notre commentateur, la science du droit 'est une science simpliciter théorique et seulement secundum quid normative... la science du droit constate'.

On peut rapprocher de cette interprétation celle que H. Hart nous livre dans son article sur Kelsen intitulé 'Kelsen visited'.²⁰ On peut se contenter d'en rapporter l'excellente synthèse qu'en a donné E. Bulygin, dans l'article précité:

'Hart suggested that Kelsen's distinction between propositions of a normative science of law and the legal norms is similar to that of an interpreter of a foreign language and the expressions he has to translate. Suppose a

17. H. K., *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, 2^e édition, p. 109-110.

18. R.M. HARE, *The Language of morals*, Oxford, 1952, p. 124.

19. G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, Paris, 1969, p. 88.

20. H.L. HART, 'Kelsen visited', *U.C.L.A. Law Review*, 10 (1963).

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

German officer issues a command to some English prisoners of war: 'Stehen Sie auf!' and the interpreter translates 'Stand up'. In this case it would be equally wrong, according to Hart, to say that the interpreter has given a command (for he has no authority to do it) and to say that he just mentioned the command given by the officer, as if he said 'The officer has commanded you to stand up'. The interpreter reproduces the command, conserving its prescriptive force, but this prescriptive force stems from the officer, not from him. Hart's analogy is interesting, but, as it stands, not very illuminating. According to Kelsen the task of a science of law is to describe the law, not only to reproduce it and it is not clear how the reproduced command of the interpreter can be said to be descriptive, unless we agree that both translations ('Stand up!' and 'The officer has commanded you to stand up!') are equivalent. But this would mean to analyze it in terms of mention and use'.

Ainsi qu'on le constate d'emblée, si une telle interprétation s'avérait exacte, il s'en déduirait qu'aucune aporie ne pourrait être considérée sous-jacente à la problématique épistémologique qui conduit Kelsen à distinguer *Rechtsnorm* et *Rechtssatz* et à qualifier cette dernière d'à la fois descriptive et prescriptive. Il reste cependant qu'interpréter l'usage du 'ought' dans la *Rechtssatz* en terme de 'inverted commas use' paraît inadéquat. Comme l'indique E. Bulygin, 'Kelsen rejected emphatically all attempts to interpret the relation between a *Rechtssatz* and the corresponding *Rechtsnorm* which it describes in terms of the distinction between mention and use'.²¹ Même si l'expression 'emphatically' est sans doute quelque peu forcée quand on sait l'extrême complexité de la pensée de Kelsen sur cette question, le constat de E. Bulygin est assurément correct. Les raisons les plus convaincantes me paraissent avoir été exposées par deux auteurs dans deux articles récents consacrés à la théorie kelsénienne de la *Grundnorm*.²² A nouveau cette dernière théorie a fait l'objet, on le sait, d'analyses caricaturales au termes desquelles de multiples juristes, simplifiant à outrance, croyait pouvoir rejeter Kelsen dans le camp des métaphysiciens par le simple fait qu'il fondait la validité des normes juridiques sur une norme fondamentale. L'on sait combien la présentation théorique de Kelsen est plus complexe. De nombreux interprètes, et parmi les plus autorisés²³, ont ainsi affirmé que la no-

21. E. BULYGIN *op. cit.* p. 135; voy. aussi dans le même sens E. BULYGIN, 'Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho', *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961; et GOLDING, 'Kelsen and the concept 'Legal Systems'', *A.R.S.P.*, 47, 1961.
22. C.S. NINO, 'Some confusions around Kelsen's concept of validity', *A.R.S.P.*, 64 (3), 1978; J. RAZ, 'Kelsen's Theory of the Basic norm', *The American Journal of Jurisprudence*, 1974 (article reproduit dans *The authority of Law*, Oxford, 1979).
23. C.E. ALCHOURRÓN - E. BULYGIN, *Normative systems*, Wien - New York, 1971, p. 72 et s.; H.L.A. HART, *The concept of Law*, Oxford, 1961, p. 245 (notes).

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

tion kelsénienne de validité est équivalente au critère d'appartenance d'une norme à un ordre juridique déterminé. La thèse de J. Raz et de C.S. Nino est qu'il n'en est rien et qu'au contraire les '*ought statements describing the law*' se réfèrent à un concept de validité lié à celui de justification, et dont la nature normative a été fréquemment méconnue. Nous ne reprendrons pas ici les arguments qu'ils développent en rapport avec la problématique stricte de la validité, ayant nous-même ailleurs tenté de défendre cette même thèse.²⁴ Il reste qu'à l'occasion de leurs développements ces mêmes auteurs fournissent des arguments relatifs à l'interprétation de la normativité propre à la *Rechtssatz*. Comme le montre en effet J. Raz dans l'article précité, revenant ainsi sur les analyses qu'il avait défendues en 1971 dans '*The concept of a legal system*', Kelsen use du concept de '*justified normativity*' et non du concept de '*social normativity*' tel que celui utilisé par Hart. En témoignage, dit Raz, la distinction opérée par Kelsen entre '*subjective ought*' et '*objective ought*'.

En liaison avec ceci, J. Raz cite ce passage de Kelsen:

'The fact that the basic norm of a positive legal order *may but need not* be presupposed means: the relevant interhuman relationship may be, but need not be, interpreted as 'normative', that is, as obligations, authorisations, rights, etc. constituted by objectively, valid norms. It means further: they can be interpreted without such presupposition (i.e. without the basic norm) as power relations (i.e. relations between commanding and obeying human beings) – in other words, they can be interpreted sociologically, not juristically.' (PTL 218). J. Raz en tire ensuite la conclusion suivante:

'This is a key passage. Kelsen claims in effect that the concept of social normativity is not a concept of normativity at all. It does not allow the interpretation of law as imposing obligations, granting powers, rights, etc. It makes the law indistinguishable from the commands of a group of gangsters terrorizing the population of a certain area. Only by using the concept of justified normativity can one understand the true character of legal systems as normative systems.'²⁵

Il est clair que la normativité justifiée, au sens de la *Grundnorm*, n'est pas justifiée au sens absolu. Kelsen défend une position relativiste de ce point de vue, et J. Raz de citer les passages très éclairants de Kelsen, où celui-ci considère ce qui suit:

'But there is no necessity to presuppose the basic norm... The system of norms that we call 'legal order' is a possible but not a necessary scheme of interpretation. An anarchist will decline to speak of 'lawful' and 'unlawful' behaviour, of 'legal duties' and 'legal rights', or 'delicts'. He will understand social behaviour merely as a process whereby one forces the other to behave in conformity with his wishes or interests.... He will, in short, refuse to pre-

24. J. LENOBLE et F. Osr, *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, 1980, p. 506 et s.

25. J. RAZ, *op. cit.*, p. 104.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

suppose the basic norm. (WJ 226/7) ... an anarchist, who denied the validity of the hypothetical basic norm of positive law... will view it positive regulation of human relationship... as mere power relations. (GT 413)

A communist may indeed not admit that there is an essential difference between an organisation of gangsters and a capitalistic legal order... For he does not presuppose – as do those who interpret the coercive order as an objectively valid normative order – the basic norm.²⁶

Il apparaît ainsi, selon notre interprète, que la position de la science du droit selon Kelsen ne se comprend que partant d'un concept de *normativité justifiée*, mais celle-ci posée d'un point de vue particulier, celui du juriste, ce qui permet d'ailleurs de comprendre la phrase célèbre de Kelsen où il nous dit qu'«even an anarchist, if he were a professor of law, could describe positive law as a system of valid norms, without having to approve of this law» (traduction anglaise de la 2^e édition *Théorie pure du Droit*, p. 218). Comme l'indique J. Raz:

For Kelsen the legal scientist, as well as the legal practitioner, not only describes a point of view, but actually adopts one. Legal science regards the laws as valid and hence presupposes the basic norm. The point of view of legal science is that of the legal man. It is not merely described but actually adopted, and it is adopted in a special sense.

If a man were actually to adopt the point of view of the legal man he would adopt the law as his personal morality, and as exhausting all the norms he accepts as just. Legal science does not accept the point of view of the legal man in this sense. Legal science is not committed to regard the law as just. It adopts this point of view in a special sense of 'adopt'. It is professional and uncommitted adoption. Legal science presupposes the basic norm not as individuals do – i.e., by accepting it as just but in this special professional and uncommitted sense.²⁷

It seems to me that Kelsen's theory is the best existing theory of positive law based on the concept of justified normativity. An explanation of the law based on this concept will have no use for the concept of the basic norm. The basic norm is needed to bridge the gap between facts and norms, between the 'is' and the 'ought'. But this gap exists only if norms are understood as justified norms.²⁸

On voit dès lors combien il paraît réducteur et inexact d'interpréter la normalité de la *Rechtssatz* en méconnaissance du fait que pour Kelsen la science du droit se définit comme science normative et que la normativité du droit est une normativité justifiée et non purement sociale. Comme l'indique C.S. Nino 'the ascription of validity to a rule (which comes, thereby, to be conceived as a norm) habilites, in Kelsen's theory, the passage from

26. J. RAZ, *op. cit.* p. 105-106.

27. J. RAZ, *op. cit.* p. 109.

28. J. RAZ, *op. cit.* p. 111.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

an 'inverted commas' normative language for describing the content of the law to a direct normative language'.²⁹

Le fait que le *Sollen* de la *Rechtssatz*, ne soit pas, chez Kelsen, que le nom métalinguistique du *Sollen* de la *Rechtsnorm* et qu'au contraire la science du droit endosse dans son œuvre de description et de connaissance le point de vue normatif du juriste qui 'adopte' l'obligatorité de la norme avait déjà été clairement perçu par P. Amselek.³⁰ Celui-ci avait en effet considéré que la science du droit kelsénienne était traversée de part en part par un a priori technologique: loin d'être une science explicative, la science du droit se ramène à n'être qu'une activité technologique de mise en ordre d'un donné posé comme dogmatique. Dans cette perspective, cet auteur critiquait les distinctions norme juridique-proposition de droit et loi naturelle-proposition de droit et loi juridique opérée par Kelsen. Si l'on peut souscrire au constat du caractère 'technologique' de la science normative du droit³¹, les critiques plus techniques de Amselek sont par ailleurs difficilement utilisables tant elles reposent sur des approches théoriquement irrecevables du concept de norme et de loi scientifique ainsi que l'a très judicieusement montré G. Kalinowski.³² Nous ne nous y appesantirons donc pas.

Quels enseignements doit-on tirer de ce qui précède en ce qui concerne notre propre question? Il ne s'agit pas pour nous de critiquer la théorie kelsénienne, ni quant à sa théorie de la validité, ni quant à la restauration qui lui est liée d'un concept de normativité justifiée. Bien au contraire, il s'agit de faire apparaître l'impasse dans laquelle semble s'orienter H. Kelsen dans son double projet d'une lecture descriptiviste de l'ordre juridique et d'une interprétation du phénomène juridique qui prenne en compte la dimension normative du fait juridique.

Si le *ought* de la *Sollsatz* kelsénienne n'était que le nom métalinguistique du *ought* de la *Sollnorm*, le projet descriptiviste de Kelsen au sens que le

29. C.S. NINO, *o. c.*, p. 361-362; voy. aussi les passages très éclairants p. 375.

30. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit*, Paris, 1964, p. 396-397.

31. Remarquons que même à ce niveau les remarques de P. AMSELEK doivent être nuancées dans un sens déjà adéquatement souligné par M. VAN DE KERCHOVE (*Les deux versions de la théorie kelsénienne des conditions de validité d'une norme juridique*, U.C.L., 1970, inédit, p. 154).

En effet, comme le souligne ce dernier auteur:

'Néanmoins, si l'on donne à la science pour objectif, comme le fait AMSELEK de se poser 'la question: qu'est-ce qui fait que ces phénomènes observés et décrits apparaissent tels et non pas autres?' nous ne pouvons nier la présence, chez KELSEN, de ce second niveau de réflexion quand la Théorie pure s'efforce également de découvrir la raison pour laquelle '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' ou en d'autres termes, de résoudre la question 'Pourquoi une certaine norme est-elle valable, quel est le fondement de sa validité?'

32. G. KALINOWSKI, *o. c.*, p. 91 et s.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

positivisme logique a donné à ce terme aurait été accompli. Il n'en est rien cependant. Kelsen transpose dans la science du droit une normativité directe liée au présupposé de validité qui est sous-jacent au point de vue non d'un individu privé approuvant moralement la norme juridique, mais au point de vue du juriste praticien adoptant a priori la validité juridique de l'ordre juridique au sein duquel il se meut. Ainsi la volonté de H. Kelsen de prendre en compte au plan théorique la dimension symbolique du phénomène juridique, qui fait que celui-ci ne se donne pas sur le simple mode d'une pure factualité, l'amène à pervertir les caractères logiques des propositions normatives par rapport aux propositions au sens logique du terme. En découle l'ambiguïté de la *Sollsatz* kelsénienne. Cette ambiguïté traduit ce que nous appelons la structure aporétique de la science du droit là où celle-ci s'ancre dans un projet épistémologique qui tente d'articuler la prise en compte symbolique du droit à une lecture proprement descriptiviste. On comprend dès lors ce que G. Kalinowski³¹ a appelé '*l'agacement*' de H. Kelsen suite aux demandes d'éclaircissement adressées par H. Hofstad³² quant aux obscurités logiques de la notion kelsénienne de la norme juridique: n'est-il pas dû à la circonstance que Kelsen pressent que ce qu'il appelle '*l'équivoque du Soll-en*' n'est pas entièrement explicitable dans le cadre logique de la distinction des niveaux de langage que son projet descriptiviste l'amenait à poser? Mais cette aporie de la problématique kelsénienne n'est-elle pas liée à l'impossibilité de Kelsen d'appréhender la normativité juridique en termes de normativité sociale? Ce dernier concept ne permet-il pas de poser la problématique du droit, et donc de sa validité, en des termes qui concilient respect de la dimension symbolique du droit et lecture descriptive de celui-ci?

Tel est précisément le projet de l'école d'Oxford essentiellement représentée par H.L. HART et J. RAZ. Leurs théories de la validité en droit traduisent-elles la même structure aporétique que le projet kelsénien d'une science du droit qui ne soit point une simple sociologie du droit? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

Section 2.

L'école d'Oxford et l'aporie de l'épistémologie juridique contemporaine

La portée du débat épistémologique engagé par l'École d'Oxford relativement à la théorie de la validité des normes juridiques ne se laisse clairement percevoir qu'en relation aux positions développées par le courant dit du réalisme scandinave, en référence auquel Hart a entendu se situer.

31. G. KALINOWSKI, *op. cit.*, p. 87.

32. H. HOFSTAD, 'The descriptive definition of the concept of "legal norm" proposed by Hans Kelsen', *Theoria*, vol. XVI 2, 1950, p. 118 et s.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

Ce courant, dont les représentants les plus connus sont A. Hägerström, K. Olivecrona et Alf Ross, est doublement intéressant pour la question qui nous occupe. D'abord son point de départ théorique est l'affirmation de la nécessaire prise en compte de la dimension symbolique du phénomène juridique. Ensuite son évolution récente traduit un abandon relatif de sa position classique, à savoir de son explication de la validité juridique en des termes exclusivement empiristes. Explicitons quelque peu cette double considération.

Si l'on trouve chez Olivecrona et Ross une critique très évidente des théories iusnaturalistes du droit, la critique n'est pas moins forte à l'égard des versions dites métaphysique et empiriste, dans la terminologie de A. Ross, ou idéaliste et naturaliste, dans la terminologie de K. Olivecrona du positivisme juridique. C'est la critique de la version empiriste ou naturaliste du positivisme juridique qui, bien évidemment, doit être signalée ici.

C'est qu'en effet la critique est d'autant plus significative qu'elle s'adresse à des auteurs, tels Austin, Bentham, J. Frank, qui partagent les mêmes principes épistémologiques que ceux d'Olivecrona et de Ross, à savoir des principes empiristes.

L'idée est ici que si la théorie du droit n'acquerra statut scientifique qu'à condition de produire des propositions uniquement vérifiables du phénomène juridique, cela n'autorise point à réduire ce même phénomène jusqu'à en nier la spécificité normative, où l'on retrouve une des dimensions constitutives du projet kelsénien. Le positivisme juridique naturaliste, pour ne voir le droit que 'as an empirical part of human behaviour which is determined by specific psychological motives such as habituation and fear'³⁵, s'empêche d'expliquer certaines caractéristiques du droit et par là manque son projet théorique. C'est qu'en effet, soulignent les réalistes scandinaves, le droit ne se réduit pas à n'être que des impératifs émanant du pouvoir; ce qui distingue le droit des autres activités humaines est l'expérience de la validité universelle, ce que Ross appellera l'*'awareness of validity'*: 'it is true that the concept of "validity" does not correspond to any fact in reality, but it does express symbolically certain psychological experiences which are an important element of the law'. La spécificité d'Olivecrona et de Ross est cependant que s'il faut faire droit à la dimension symbolique du droit, à son 'obligatorité', celle-ci est à rendre compte en termes purement empiriques. A l'inverse de Kelsen, la proposition de droit de la science du droit est purement descriptive et ne peut en aucune manière contenir un '*ought*': la référence au caractère normatif de la norme juridique n'est à opérer que pour en décrire le sous-bassement psychologique et sociologique. Toute autre lec-

35. Voy. sur ceci pour plus de détails C. W. MARIS, *Critique of the empiricist explanation of morality*, Deventer, 1981, p. 18 et s.; A. Ross, *Towards a realistic jurisprudence*, Copenhague, 1947 et *On Law and Justice*, Berkeley and Los Angeles, reprinted in 1974; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, London, 2^e ed, 1971.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

ire de la normativité du droit ne ferait que restaurer des lectures métaphysiques et insnaturalistes, soit non scientifiques. C'est ce qu'exprime encore nettement A. Ross dans son dernier ouvrage:

"According to Kelsen the existence of a norm is its 'validity': and that a norm possesses validity means 'that the individuals ought to behave as the norm stipulates'. But the norm itself, according to its immediate content, expresses what the individuals ought to do. What, then is the meaning of saying that the individuals ought to do what they ought to do! We have analyzed this idea above... We have seen that the idea of a duty to obey the law (to perform the legal obligations) only makes sense on the supposition that the duty spoken of is a true moral duty corresponding to a 'binding force' inherent in the law.

Although this interpretation does not harmonize with the confessed empiricist program of the pure theory of law, it is inevitable and must be taken as a survival of natural law philosophy of the quasipositivist kind.³⁶

Une telle position explique la conception développée par A. Ross, si l'on s'en tient à cet auteur, de la science du droit. Dans un de ses premiers ouvrages, *'Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis'* (1933), Ross conclut que l'Éthique doit être remplacée par une discipline scientifique dénommée Ethologie qui doit viser à déterminer les faits sociaux et psychologiques rationalisés par les idées normatives. Dès 1946, dans *'Towards a realistic jurisprudence'*, A. Ross raisonne par analogie à propos du droit: la dogmatique juridique, à l'instar de l'Éthique³⁷, ne repose sur rien. Ce n'est sur la pure croyance illusoire à la signification objective des normes, en l'espèce juridiques. La dogmatique juridique doit être remplacée par une discipline scientifique dénommée théorie juridique, entendue comme la science qui rend compte des phénomènes psychologiques et sociologiques qui sont au-delà des normes juridiques. Une telle position, on le constate, par sa naturalisation qu'elle opère, non plus du phénomène juridique tout entier comme Austin ou Bentham, mais de la validité à tout le moins, rend possible le respect des exigences descriptivistes. Mais, n'est-ce pas au prix d'une connaissance de la véritable nature de la 'validité' juridique, cette dimension symbolique qui configure l'expérience normative des groupes sociaux?

À ramener la science du droit aux seuls niveaux d'une psychologie ou d'une sociologie juridique au motif de non-cognotivisme, n'est-ce point par là-même perdre toute efficacité constitutive à cette dimension symbolique que l'on s'accorde par ailleurs à reconnaître constitutive du phénomène étudié. L'aporie évitée, mais n'est-ce pas au prix d'une méconnaissance des traits propres

A. Ross, *Directives and norms*, London, 1968, p. 156.

Remarquons que l'analogie entre Éthique et Dogmatique juridique entendue comme science du droit avait déjà été clairement posée par Kelsen, voy. *o. c.*, p. 99, note 1.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

de l'objet étudié et par là même des exigences épistémologiques qui y sont corrélatives? On retrouve là, quoique sur un autre plan, des questions que la philosophie herméneutique a utilement mises en évidence comme méconnues par une certaine théorie des idéologies. Telle sera d'ailleurs la critique que Hart adressera aux réalistes scandinaves. Mais avant d'aborder cette critique une dernière remarque d'importance s'impose.

C'est qu'en effet, la position de A. Ross sur le problème de la validité a évolué dans son dernier ouvrage, soit entre *'On law and Justice'* et *'Directives and norms'* en un sens des plus significatifs du point de vue de notre question. Le changement de position, certes, ne concerne pas le critère de validité juridique sensu stricto. L'idée subsiste qu'une norme juridique doit être considérée comme exister lorsqu'elle traduit une effectivité d'application, laquelle effectivité est à apprécier non plus dans le chef de la population comme le préconisait *'Towards a realistic jurisprudence'* mais dans le chef des cours et tribunaux comme le disposait *'On Law and Justice'*.³⁸

La validité juridique stricto sensu est à définir par référence à ces faits empiriques. Il est cependant un second plan de validité, celui de la validité logique. L'idée est maintenant défendue par Ross qu'à l'intérieur d'un même système normatif, certaines lois logiques constitutives d'autant de critères de validité des normes sont à respecter. A la différence de l'interprétation psychologisante que Ross avait développée dans son article *'Imperatives and Logic'*³⁹, notre auteur va maintenant développer la thèse d'une validité logique des inférences déontiques. Voici les termes dans lesquels A. Ross expose lui-même ces deux positions:

'In a paper published in 1941, I maintained that the deontic values should be interpreted as 'validity' and 'invalidity' and that a directive should be said to be valid when a certain, further defined, psychological state is present in a certain person and to be invalid when no such state is present. I considered especially two possibilities, namely, those of making validity dependent either upon the occurrence in a person acting as normgiver (imperator) of a certain state of willing that his directive be obeyed; or upon the occurrence, in the subject of a directive of a certain state of willing to comply with the directive.

On these premisses I came, and had to come, to the conclusion that apparently evident deontological inferences are not tenable as logical inferences because they are concerned with psychological conditions and because their truth, consequently, is of an empirical and not a logical nature.⁴⁰

Au contraire en 1968, A. Ross revient sur cette analyse. L'idée est maintenant que 'the principles of deontic logic must be conceived as postulates which define directive speech, separating out sentences which, being either

38. Voy. sur ceci A. Ross, *Directives and Norms*, p. 84 et s.

39. A. Ross, 'Imperatives and logic', *Theoria*, 194, p. 53 et s.

40. *Ibid.*, p. 169.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

ontic tautologie or self-contradictions, are without directive meaning and are consequently unable to function directive. Such sentences cannot be accepted as instance of directive speech'.⁴¹

Au niveau donc de cette acceptation, et en amont par le fait même de toute problématique de détermination de vérité ou de fausseté des propositions un discours indicatif (acceptation) ou de détermination de la validité juridique sensu stricto de normes juridiques, il existe, à titre de condition de possibilité en quelque sorte, une problématique logique de la validité: en tant que tel, le terme validité exprime un concept logique fondamental.⁴² Par cette considération du problème des conditions logiques du discours normatif, Ross s'aligne sur les positions défendues par R.M. Hare⁴³ qui s'oppose, sur ce point, aux thèses émotivistes de Stevenson adoptées par ailleurs théoriquement par le même Alf Ross dans *'On Law and Justice'*. Il reste que, comme l'a montré C.W. Maris, à la suite de nombreux autres auteurs⁴⁴, la thèse de l'universal prescriptivism par laquelle Hare entend définir les conditions de validité logique du jeu de langage moral, est loin d'être aussi sûre axiologiquement. En elle-même, par ailleurs, la normativité logique l'expression d'un choix normatif, axiologiquement orientée et ce quel que soit par ailleurs le bien fondé peut-être d'une telle option de rationalité. L'œuvre doit être en tout cas retenue que l'évolution ultime du courant du réalisme scandinave en la personne de Alf Ross, traduit la réinsertion éventuelle sous une forme éminemment contemporaine – la forme logicienne – d'une normativité dans la lecture qui se veut purement descriptive de la validité des normes, en ce y compris des normes juridiques.⁴⁵

La position de Hart peut être définie en référence à la position de A. Ross. Nous exposerons rapidement les positions de Hart sur notre question. Nous discuterons ensuite de l'interpréter et ici aussi, nous constaterons que l'interprétation est loin d'être aisée. L'idée centrale qui nous permet de com-

⁴¹ *Ibid.*, p. 179. l'expression *accepted₂* vise 'the act of acknowledging' a sentence as being fitted to express indicative meaning or directive meaning, tandis que l'expression *accepted₁* vise chez Ross 'the act of acknowledging a proposition to be true' et concerne donc le domaine du discours indicatif. En parallèle avec l'expression 'accepted₁', il faut se référer au concept de validité sensu stricto pour les normes juridiques.

⁴² *Ibid.*, p. 180.

⁴³ R.M. HARE, *op. cit.*

⁴⁴ Voy. sur ce point les développements très intéressants de C.W. MARIS, *op. cit.*, p. 407 et s. et la bibliographie y citée.

⁴⁵ On peut noter, incidemment, à nouveau le rapprochement intéressant, quoiqu'encore en sens contraire, entre A. Ross et H. Kelsen. C'est qu'en effet H. Kelsen adopte lui-aussi une position toute nouvelle à la fin de sa vie en ce qui concerne les rapports validité-logique. Dans un article intitulé 'Law and Logic' publié dans *Philosophy and Christianity* Amsterdam, 1965, Kelsen abandonne la thèse selon laquelle les normes valides sont nécessairement 'consistent'; sur ceci voy. aussi A. Ross, *Directives and norms*, p. 157.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

prendre la position de Hart est double: d'une part il est affirmé que l'analyse du phénomène juridique implique la référence à l'idée d'obligation, par quoi sont rejetées les théories impérativistes⁴⁶ et prédictionnistes et d'autre part, il est considéré que la normativité du droit est de type social, ce qui signifie que la validité d'une règle juridique est fondée sur sa conformité à une règle de reconnaissance dont l'existence est une pure question de fait. C'est essentiellement, par évidence, à la première idée que nous allons nous attacher. Cette idée est très clairement exprimée par Hart dans son *Concept of Law*, et son exposé est l'occasion de réfuter les thèses du réalisme scandinave.

Ayant noté que les règles juridiques, à l'instar des règles morales, constituent des règles d'obligation, Hart souligne que "se sentir obligé et avoir une obligation sont des choses différentes, bien qu'elles soient souvent concomitantes. Les identifier constituerait une façon erronée, d'interpréter, en termes de sentiments psychologiques, l'important aspect interne des règles..."⁴⁷

Sous peine de méconnaître les actes de langage en rapport avec cet élément constitutif de la structure sociale qu'est la règle d'obligation, il faut constater, souligne Hart dans un article spécialement consacré à une critique du réalisme scandinave, que "they are not external statements of fact predicting likely behaviour in accordance with the standards; they are internal statements in the sense that they manifest acceptance of the standards and use and appeal to them in various ways. But the internal character of these statements is not a mere matter of the speaker having certain 'feelings of compulsion'".⁴⁸ Sur cette base et à l'effet de faire droit à cette forme particulière de jugement, Hart distingue diverses espèces d'assertion relativement à des règles.

"Il est en effet possible de considérer les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèles de conduite. Nous pouvons qualifier respectivement ces deux points de vue d'externe et d'interne".⁴⁹

"Il faut noter que d'un point de vue externe, c'est-à-dire du point de vue d'un observateur qui n'accepte pas les règles de la société qu'il observe, on peut émettre des jugements de types bien différents: (i) on peut simplement enregistrer les régularités de comportement dans le chef de ceux qui se soumettent aux règles, comme si ces régularités étaient simplement des habitudes et sans faire allusion au fait que ces normes sont considérées par les

46. Voy. dans le même sens N. MAC CORMICK, "Legal Obligation and the imperative fallacy", *Oxford Essays in Jurisprudence*, second series Oxford, 1973, p. 100 et s.

47. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, 1976, p. 113.

48. H.L. HART "Scandinavian Realism", *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 278.

49. H.L. HART, *Le concept de droit*, p. 114.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

membres de la société comme des modèles de comportement correct; (ii) on peut, en outre, enregistrer la réaction hostile régulière à l'égard des déviations par rapport au modèle ordinaire de comportement comme étant un phénomène habituel, mais une nouvelle fois sans se référer au fait que ces déviations sont considérées par les membres de la société comme des raisons et des justifications à l'appui de telles réactions; (iii) on peut enregistrer non seulement de telles régularités observables dans le comportement, mais aussi le fait que des membres de la société acceptent certaines règles au titre de modèles de comportement et que le comportement et les réactions observables sont considérés par eux comme exigés ou justifiés par les règles. Il est important de distinguer le jugement externe de fait qui pose que les membres d'une société acceptent une règle donnée, du jugement interne concernant la règle émise par quelqu'un qui, lui-même, accepte la règle. Voir Weiderg, *Some Problems on the Logical Analysis of Legal Science*, in 17 *Theoria* (1951); Hart, *Theory and Definition in Jurisprudence*, in 29 *P.A.S. suppl. Vol.* (1955), p. 247-250.⁵⁰

La question qui doit évidemment nous occuper est la nature logique de ces assertions correspondantes à cette troisième espèce de jugement externe. Que peut signifier un point de vue externe qui tienne compte du point de vue interne? Il est évident que les propositions de la théorie juridique au sens défini par A. Ross ne sont point de ce type: elles correspondent au contraire au point de vue externe de la deuxième espèce. Il faut remarquer ensuite que dans son article sur le réalisme scandinave, Hart ne semble pas signaler l'existence de ces 'propositions' d'un troisième type: il se contente là de signaler qu'à côté des jugements de prédiction du comportement judiciaire, les 'ought-propositions and other forms of normative internal statements are both necessary and harmless in the analysis of legal thinking'.⁵¹ Cette dernière formulation est d'ailleurs malencontreuse, car comme le remarque très judicieusement E. Bulygin, '... internal statements are no statements at all; they are disguised prescriptions (applied norms or claims and requests based on rules)'⁵², en conséquence de quoi il paraît difficile de les qualifier d'instruments d'analyse de la pensée juridique. Mais les assertions externes prenant en compte le point de vue interne sont-elles des propositions au sens logique du terme, et conséquemment susceptibles de vérité ou de fausseté ou contiennent-elles une dimension normative? Pour Hart, la référence au point de vue interne est-elle à comprendre comme la traduction de la distinction classique en sémiotique entre langage et métalangage? Telle est en tout cas l'interprétation que nous en donne E. Bulygin:

'a consequent positivist can describe the law only by means of external

50. H.L. HART, *Le concept du droit*, p. 292, note relative à la page 86 de l'original anglais.

51. H.L. HART, 'Scandinavian Realism', *I. c.*, p. 239.

52. E. BULYGIN, *o. c.*, p. 138.

EFFICACITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

statements. Of course, in describing the law he must, if his description is to be complete, give an account of the internal aspects of the rules, but this can very well be accomplished by means of external statements, provided he uses external statements of the third kind... Hart does not deny this and his attack concentrates on the predictive theory of law which only makes use of the first two types of external statements'.⁵³ La position de Bulygin, ici longuement rapportée, nous paraît quelque peu étonnante. Nous sommes parfaitement d'accord avec lui pour considérer que Hart ne dénie certainement pas la position rapportée par Bulygin puisque celui-ci reprend, expressis verbis, les expressions mêmes de Hart. Il reste cependant à préciser plus avant la nature de ces jugements dont Hart se contente d'affirmer l'existence et dont Bulygin paraît affirmer que d'évidence ce ne sont point des jugements constitutifs de 'ought-sentences'. Cela est d'autant plus vrai que Bulygin reconnaît lui-même que Hart 'does not mention the possibility of factual validity-statements and always speaks of them as internal statements'.⁵⁴

Bien plus, Bulygin note encore plus loin que certains passages de Hart laissent croire que pour ce dernier l'analyse du droit impliquerait des 'internal statements', et de se référer ici précisément à la critique par Hart de la théorie réductiviste soit à la mise en évidence de l'idée d'obligation comme élément constitutif de la règle de droit. Mais précisément qu'est-ce qu'un énoncé qui entend dire qu'une telle règle est obligatoire en droit anglais? Le redoublement de l'obligation peut-il s'analyser en termes de nom métalinguistique? Comment faire droit à l'idée de normativité en des termes factuels sans précisément retomber dans la réduction prédictionniste du réalisme scandinave? Dire l'obligatorité d'une norme dans le cadre d'un ordre juridique donné n'implique-t-il pas la prise en compte de la normativité, ne fut-ce que sous une modalité particulière? Telle est en tout cas l'interprétation de Hart défendue par deux auteurs au terme de fines analyses.

La première analyse en ce sens est proposée par Roscoe Hill dans une longue étude publiée dans *The Yale Law Journal*. Le raisonnement qui y est proposé se résume en une thèse centrale appuyée de divers arguments. La thèse est que l'analyse de Hart aboutit à confondre validité juridique et obligation juridique, qui sont cependant des concepts à distinguer. Parmi divers arguments, nous retiendrons non seulement que l'auteur relève divers passages où Hart dans sa propre analyse utilise des expressions traduisant l'adoption d'un point de vue interne⁵⁵ mais surtout que la référence à l'idée d'obligation entraîne inmanquablement Hart à traduire un point de vue normatif sous peine précisément de ramener son analyse à une analyse purement sociologique.⁵⁶

53. E. BULYGIN, *op. cit.*, p. 140.

54. E. BULYGIN, *op. cit.*, p. 140.

55. R. HILL, 'Legal validity and legal obligation', *Yale Law Journal*, Vol. 80, 1970-71, p. 65-66.

56. R. HILL, *ibid.*, p. 66.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

Ainsi que le note R. Hill, il aurait mieux valu pour Hart de distinguer clairement deux analyses à objets distincts. La première concerne la validité juridique et l'analyse scientifique qui peut en être faite et n'aboutit nullement à consacrer une quelconque idée d'obligation juridique mais exclusivement l'idée de 'legally obliged (namely, one should expect the authorities to apply sanctions if they catch him deviating from the rule, or law, in question)'.⁵⁷ La seconde concernerait l'obligation juridique; cependant 'an adequate analysis of legal obligation requires even more: it must also account for intelligibility of declaring that these "approved" and valued rules may be wrong' et par là même implique des jugements évaluatifs.⁵⁸

Une interprétation semblable est encore donnée par J. Raz au terme d'une analyse de l'idée de validité juridique⁵⁹, qu'il nous présente par ailleurs comme étant celle proposée aussi par Hart. L'idée est que pour Hart les 'legal statements are deontic or practical. They are use to demand and justify action and thus function in discourse and argument in ways which no theoretical statements could'.⁶⁰ La thèse centrale est en effet que la théorie de la validité juridique se fait à l'intervention de ce que J. Raz appelle des '*detached legal statements*'. 'A detached legal statement is a statement of law, of what legal rights or duties people have, not a statement about people's beliefs, attitudes or actions about the law'.⁶¹ Ces '*detached legal statements*' correspondent précisément à la troisième espèce de jugement externe définie par Hart. Leur caractéristique fondamentale, nous dit J. Raz, est qu'une '*detached legal statement* est normative mais qu'elle 'does not carry the full normative force of an ordinary normative statement'. La raison en est que 'its utterance does not commit the speaker to the normative view it expresses'.⁶² On retrouve ainsi sous une forme différente l'idée déjà proposée par Kelsen d'un effet autre au '*ought*' de la proposition de droit et au '*ought*' de la norme juridique. Suivant Raz, les '*internal statements* are the full-blooded normative statements. Making internal statements is thus a sign of endorsement of the rule concerned. One endorses a rule if one uses it regularly in guiding, evaluating and criticising those actions to which the rule applies'.⁶³ Il faut signaler que pour Hart, cet endossement n'implique cependant nullement une approbation morale de la règle, mais simplement une acceptation et une application. Ces jugements internes, ces '*full-blooded normative statements*', sont le fait des juges et des citoyens assujettis aux normes. Au

57. R. Hill, 'Legal validity and legal obligation', *Yale Law Journal*, Vol. 80, 1970-71, p. 68.

58. *Ibid.*, p. 68-69.

59. J. Raz, 'Legal validity', *A.R.S.P.*, 1977, p. 339 et s.

60. J. Raz, 'Legal reasons, sources and gaps', *The authority of Law*, Oxford 1979, p. 53.

61. J. Raz, *Legal validity*, *I. c.*, p. 346.

62. *Ibid.*, p. 346.

63. J. Raz, *Legal validity*, *I. c.*, p. 347.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

contraire, les *detached legal statements* sont le fait des juristes, praticiens et auteurs de doctrine: 'this third kind of statement is characteristic of the lawyer and the law teacher... for they are not primarily concerned in applying the law to themselves or to others but in warning others of what they ought to do according to law'.⁶⁴ Et il n'est pas sans intérêt de noter que pour expliciter cette catégorie particulière de '*normative statements*', J. Raz s'en réfère à Kelsen qui en avait déjà eu l'intuition, en nous donnant l'exemple du professeur de droit anarchiste: 'Even an anarchist, if he were a professor of law, could describe positive law as a system of valid norms, without having to approve this law'.⁶⁵

Enfin, souligne J. Raz, pour préciser encore plus avant le portée normative de ces propositions:

'not can such statements be interpreted as conditionals: "If you accept this point of view then you should etc.: rather they assert what is the case from the relevant point of view as if it is valid or on the hypothesis that it is – as Kelsen expresses the point – but without actually endorsing it".⁶⁶

Cette référence à la position kelsénienne nous aide à comprendre en quoi la position de Hart et de Raz traduit à nouveau la structure aporétique du projet épistémologique sous-jacent aux théories de la validité défendues par nos deux auteurs. Alors même qu'ils entendent ramener la normativité juridique à une normativité sociale par quoi ils se différencient de Kelsen, il reste que comme ce dernier, leur volonté tout à la fois de faire droit à la dimension symbolique du phénomène juridique en des termes qui n'en réduisent pas la nature et de sauvegarder un projet scientifique lié à une conception descriptiviste aboutit à ce qui semble bien être une impasse. C'est qu'en effet l'on ne peut que suivre sur ce plan E. Bulygin: reconnaître une dimension normative, même modalisée, à la proposition de la science du droit, disqualifie celle-ci comme proposition au sens logique du terme, soit comme énoncé susceptible de vérité ou de fausseté.

Ne se reconfirme-t-il pas à nouveau que la théorie du droit, pour vouloir respecter la dimension normative de son objet, aboutit à méconnaître les exigences de ses prémisses épistémologiques descriptivistes? N'est-ce pas tout simplement que l'on ne peut parler descriptivement de l'obligatorité sauf à en opérer une lecture sociologique ou psychologique, par ailleurs sans doute réductrice.

Une dernière remarque s'impose.

Il faut en effet faire mention, avant d'examiner les derniers débats théoriques sur la validité, de la position de R. Dworkin. Il n'importe pas ici de les examiner en détail dans la mesure précisément où ce philosophe du droit, dans sa critique du positivisme, affirme d'emblée le caractère directement

64. *Ibid.*, p. 348.

65. KELSEN: *Théorie pure du droit*, citée par J. RAZ, *Ibid.*, p. 349.

66. J. RAZ, *ibid.*, p. 349.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

normatif des énoncés de la théorie du droit et n'entend en aucune manière assumer le projet descriptiviste tel que proposé par les multiples théoriciens de l'école analytique précitée.

Comme Dworkin le signale, tant dans 'Taking right seriously' que dans 'No right answer'⁶⁷, les propositions de droit sont normatives parce qu'elles sont une source directe d'obligations: ces propositions de droit sont utilisées 'not simply to report in a neutral way that certain events, comparable to the ball landing in a certain area, have occurred, but as an argument in itself that certain legal consequences and in particular, official duties, follow from these facts'.⁶⁸

Sans discuter plus avant ici la théorie de Dworkin, il nous suffit de constater que, par évidence, une telle position ne peut traduire l'aporie récurrente des positions du courant analytique.

Section 3.

L'orientation actuelle des débats sur la validité

A la suite de l'article de J. Raz sur la validité juridique, une contribution d'importance mettant en cause la relation épistémologie-validité doit être signalée. Elle est d'autant plus significative qu'elle a donné lieu à une controverse mettant spécifiquement en jeu les éléments de notre problème. Il s'agit des contributions théoriques de I. Niiniluoto⁶⁹ et de A. Aarnio.⁷⁰

La position de I. Niiniluoto, qualifiée de réaliste modérée par A. Aarnio, en ce qui concerne la validité des normes juridiques peut être aisément définie. Une formule la résume:

'Legal norm n is valid in Finland

= Norm n belongs to the legal order in Finland

= The legal community in Finland accepts norm n as lawful

— Most members of the Finnish legal community accept norm n on the basis of legal sources, believe that other members accept n, and act as if n were in force.

[This] definition essentially says that valid legal norms exist as social con-

67. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, 1979; 'No right answer?', *Law, Morality and Society*, P.M.S. HACKER et J. RAZ, editors, Oxford, 1977.

68. R. DWORKIN, 'No right answer?', *l. c.*, p. 64.

69. I. NIINILUOTO, 'On truth and argumentation in legal dogmatics', *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, Rechtsatheorie, Beiheft 2*, p. 53 et s.; et *Truth and Legal norms*, communication in the 11th world Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.

70. A. AARNIO, 'On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics', *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, o. c.*, p. 33 et s.; et 'On the Validity, Efficiency and Acceptability of Legal Norms', *l. c.*, p. 152 et s.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

ventions, i.e., though the consensus of the legal community (cf. Section 5), but they have to be based on acceptable legal sources. (See also the next section).

[This] definition is similar to the characterization of norms that Alf Ross (1968) gives: according to Ross, legal norms are impersonal and heteronomous directives which correspond to social facts in the way that they are (i) in general followed by members of the society and (ii) felt by them as binding (p. 82). Conditions (i) and (ii) are consequences of [the] definition.⁷¹

Si l'on ne peut qu'approuver I. Niinivoto dans son affirmation qu'une telle définition de la validité permet de considérer que les propositions du type 'Legal norm n is valid in Finland' sont susceptibles de vérité et de fausseté par application de la théorie de la vérité par correspondance, suivant la formule qu'en donne Tarski, une question reste en suspens. Quelle est la signification qu'il faut attribuer à l'expression 'est valide'? La question de la validité pose en effet tant celle des critères du constat de validité que celle de la signification d'un tel constat et l'on sait que tant Kelsen que Ross, Hart et Raz se sont préoccupés des deux niveaux de la problématique. Le constat d'existence d'une règle valide est-il autre chose qu'un constat, sur base de faits empiriques, d'une régularité de comportements ressentis comme obligatoires, moyennant un élément de prédictibilité comme le souligne A. Ross? Telle nous semble, sous réserve d'un examen plus approfondi, la position de Niinivoto: la proposition de la théorie juridique ne fait que constater l'existence de faits sociaux en lesquels se résume la norme. En ce sens l'on peut peut-être considérer que la position empiriste fait correspondre la problématique des critères à la problématique de la portée du constat d'existence d'une norme.

La thèse de A. Aarnio, qui n'est pas non plus sans poser des questions difficiles d'interprétation nous paraît reposer tout d'abord sur une critique de la position réaliste en matière de validité:

'the truth basis of a norm proposition is not unambiguous. First the validity of a legal norm cannot be defined merely by means of empirical terms, i.e. as a social state of affairs. Second, from the empirical point of view, the criteria of the validity give rise to a variety of theoretical problems'.⁷²

L'idée est ici, nous semble-t-il, qu'il y a donc un critère d'une autre nature. Celui-ci n'est pas exposé comme tel à la suite du précédent passage si ce n'est par la référence à la 'norm contention' délinée comme 'a justified standpoint regarding the ambiguous meaning content of a norm. It is not merely a question of a recommendation or a statement intended to influence other people'.⁷³ Niinivoto semble en tirer la conclusion que la formule de

71. I. NIINIVOTO, *Truth and norms*, p. 24-25.

72. A. AARNIO, 'On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics', *I. c.* p. 173.

73. *Ibid.*, p. 173.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

la validité juridique pour Aarnio peut être résumée comme suit: 'Norm n is valid in Finland

- the majority of Finns would accept n as lawful if they considered the matter rationally'

et commente cette formule en ces termes: 'Aarnio claims further that - using Robert Alexy's term - rational legal discourse presupposes value statements as premises.'⁷⁴ C'est à juste titre, croit-on, que Niinivoto interprète ainsi la propre théorie de Aarnio: c'est qu'en effet pour ce dernier auteur, établir la validité des normes juridiques consiste à définir le contenu d'un ordre juridique et 'the investigation of the content of the legal order, therefore, at the same time is an investigation of the content of legal norms. According to the terminology generally adopted in legal theory, we shall call this task the interpretation of legal norms'.⁷⁵ Problématiques de validité et d'interprétation paraissent ainsi liées. L'idée que les énoncés constatatifs de validité sont des 'norms contentions' et non des norms-descriptions paraît par ailleurs confirmée par cet article où Aarnio semble suggérer d'adopter un concept de validité lié à celui d'acceptabilité rationnelle, laquelle est liée à l'idéologie du droit qui demande 'the avoidance of arbitrariness'. Dans le cadre d'une théorie de l'argumentation, il faut considérer qu'une norme n est valide non seulement si 'it is part of the system authorized by the fundamental norms', et si elle est efficace, mais encore si elle 'would be generally accepted on the basis of the (dominant) system of values, if matters were to be considered rationally'⁷⁶. Une double précision s'impose cependant.

La première vise à soulever ce qui me paraît constituer une obscurité dans la théorie d'Aarnio. Celui-ci semble encore considérer qu'il pourrait exister dans la dogmatique juridique des 'norms-propositions'.

'In principle, it is possible to present propositions having the character of statement (c)' - à savoir du type 'the legal community in C accepts norm N as lawful in C - in legal dogmatics. Such propositions are, however, quite rare in legal dogmatic research praxis. Hence, norm propositions are not a representative example of legal dogmatic norm statements'.⁷⁷ Si une telle affirmation signifie la recevabilité de norms-propositions parallèlement aux norms-contentions, l'on comprend difficilement le jugement critique porté, quelques lignes auparavant, à l'égard de la position de Niinivoto, dans les termes suivants: 'If actual acceptance is the only measure of validity, one is

74. I. NIINIVOTO, *Truth and norms*, p. 29.

75. A. AARNIO, 'On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics', *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, o. c., p. 163.

76. A. AARNIO, 'On the validity, Efficacy and Acceptability of Legal norms', *I. c.*, p. 160.

77. A. AARNIO, 'On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics', *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, o. c., 173.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

faced with the troublesome question of whether the accepted norm can at all be successfully argued as being contrary to valid law. This question is also important in cases where acceptance has come about by chance and it has not been possible to submit it to a justification. Should one wish to rule out the influence of sheer chance in actual acceptance, one is bound to end up with some kind of a notion of justified acceptance. This, however, is something essentially different from the actual acceptance by the legal community'.⁷⁸

La seconde vise à nouveau la question de la portée de l'expression 'norm n is valid'. A nouveau cependant ici on croit pouvoir répondre à la question à partir du critère de validité posé par Aarnio. La non empiricité des éléments constitutifs de la validité et bien au contraire le caractère normatif du critère retenu indiquent, me semble-t-il, que le constat de validité a lui-même une portée normative. L'idée que l'on doit retenir comme valide le contenu normatif correspondant à ce qui s'établit conformément à une procédure argumentative et suivant le critère de l'acceptabilité rationnelle induit que la règle établie signifie règle obligatoire, au sens juridique et pas simplement de pratique sociale contestée. Il en découle, nous semble-t-il, qu'à nouveau la volonté du philosophe du droit de prendre en compte un élément spécifique au phénomène juridique rejaillit sur les éléments constitutifs de la 'proposition' qui en rend compte. La chose est évidemment d'autant plus représentative qu'ici l'élément jugé spécifique est qualifié d'idéologie du droit et constitue un principe axiologique. D'emblée une visée simplement descriptiviste est écartée. L'on peut même aller plus loin. C'est la prise en compte du caractère trop réducteur d'une lecture empiriste et de l'élément herméneutique du discours juridique qui amène Aarnio à produire une *lecture directement normative* de la validité des normes juridiques. Et cette position récemment acquise, dirions-nous au terme de toute une évolution de la théorie de la validité juridique, nous permet précisément de poser en termes plus précis la problématique épistémologique dont nous essayons de définir les éléments: c'est qu'en effet on a l'impression que la boucle se referme au moment même où la question de la validité retrouve les conditions d'une ouverture critique.

Avant d'aborder cette dernière question, une remarque s'impose encore en ce qui concerne le débat Niinivoto-Aarnio. Niinivoto intègre dans sa formule de la validité des normes juridiques, ce qu'il appelle les 'technical norms', de la forme 'If you want A, you ought to do X'. La raison en est que ces normes 'differ radically from hypothetical imperatives since they have truth values which depend on the regularities existing in (natural or social) reality': is true if and only if X really is a necessary part of the means to the end A'.⁷⁹

78. *Ibid.*, p. 172.

79. I. NIINIVOTO, *Truth and norms*, p. 25.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

Par ailleurs, A. Aarnio considère que le critère d'acceptabilité rationnelle sous-jacent aux *norms-contentions* rend celles-ci non susceptibles de vérité-correspondance suivant la formule qu'en a donné Tarski, ces normes étant seulement valides ou non valides relativement au matériel interprétatif et à l'auditoire considéré. Niiniluoto cependant, entend réintégrer la formule d'Aarnio dans la sienne propre, signalant que contrairement à ce que considère A. Aarnio, les *norms-contentions* sont susceptibles de vérité ou de fausseté en tant qu'elles constituent des *technical-norms*. Une telle affirmation nous paraît difficilement recevable eu égard tant à la définition ci-dessus relevée des normes techniques qu'au caractère argumentatif qui préside à la *recevabilité* des *norms-contentions*. Cette confusion, nous semble-t-il, est significative de la méconnaissance de la normativité qui s'insère dans la norm-contention établie conformément aux procédures d'une argumentation rationnelle.

Section 4.

Le schéma descriptiviste de la théorie de la validité juridique et le caractère herméneutique du discours juridique

La problématique que nous avons essayé de mettre au jour tendait à dévoiler une structure récurrente dans la philosophie contemporaine du droit, marquée par l'importance de la théorie analytique du phénomène juridique.

On pourrait être tenté, comme le fait E. Bulygin dans son article précité, de considérer que la contamination normative des propositions de droit n'est que perversion par rapport aux exigences scientifiques qu'exprime le schème épistémologique descriptiviste. Bien plus, cette perversion serait considérée comme liée à une non-perception claire de l'ambiguïté des *deontic-sentences*. Les recherches logiques auraient au contraire bien levé l'ambiguïté et conséquemment même configuré le champ de propositions normatives susceptibles de décrire les normes et par là d'être des propositions au sens logique du terme. Nous ne souscrirons pas d'emblée à une telle lecture. La perversion des positions des philosophes du droit nous paraît pleine d'enseignement et de nature à jeter le trouble sur l'affirmation des logiciens selon laquelle une utilisation correcte des niveaux de langage permettrait de prendre acte du caractère propositionnel des propositions normatives, les normes étant prises comme 'faits d'études' de ces dernières. Bien plus, sans rentrer ici dans les développements relatifs au problème récurrent des conditions de possibilité d'une logique déontique, on ne peut s'empêcher de rapporter l'excellente synthèse que nous donne E. Bulygin de ce problème. On y apercevra les traces de cette normativité toujours en excédent par rapport à la réduction factuelle qu'on veut en faire. Cela prend ici la forme soit d'une ontologisation du normatif en lui-même soit d'une recherche problématique d'une spécificité d'une logique déontique qu'a priori rien ne de-

vrait différencier d'une logique indicative. N'est-ce point toujours l'éternel retour du refoulé? Voici le passage particulièrement éclairant de Bulygin sur la problématique du traitement logique des normes:

'So we are faced with a difficult dilemma: either we reject the idea of a logic of norms and maintain that deontic logic can only be conceived of as a logic of normative propositions, or we must make the strong ontological assumption of norms as abstract, conceptual entities, independent of any use of language. In the first case, we must be prepared to explain the peculiar features of deontic logic (unless we abandon altogether the idea of a deontic logic as a specific branch of logic). In the second case, we must elaborate a theory of meaning that would embrace prescriptive meanings, that is, norms as abstract entities.'⁸⁰

La question peut en effet être posée autrement. La circonstance que de Kelsen à Raz, à la fois l'on pose la problématique de la validité des normes juridiques au départ d'un projet descriptiviste et que, pour ne point vouloir méconnaître ce qui se donne pour la signification propre de la norme, soit sa normativité, l'on 'pervertisse', la nature descriptive des 'propositions' de droit par l'insertion en leur sein d'une dimension normative, ne traduit-elle pas l'inadéquation du projet descriptiviste? C'est qu'en effet, l'on ne voit point ce que peut signifier 'décrire' une règle comme valide. Une telle description n'entraîne-t-elle pas inmanquablement un redoublement du facteur déontique qui constitue syntaxiquement la norme. L'on peut bien évidemment décrire le contenu idéal de la 'norme'⁸¹, mais quel sens peut avoir le constat d'existence de l'obligatorité qu'exprime le facteur déontique si ce n'est en l'assumant? Bien plus, notre propos ne vise nullement à méconnaître que là où les propositions de droit traduisent un point de vue externe des deux premiers types décrits par Hart, il ne peut faire de doute que les propositions, pour ne cerner que des faits empiriquement constatables, sont purement descriptives et susceptibles de vérité ou de fausseté. Mais c'est précisément peut-être au prix d'une désymbolisation du phénomène juridique, d'une méconnaissance de ce que le fait étudié est un fait normatif, soit non réductible à un pur conglomérat de faits naturels ou sociaux.

L'on peut même se demander si cette impossibilité qu'il y aurait à décrire

80. E. BULYGIN, 'Norms, normative propositions and legal statements', *l. c.*, p. 132; voy. aussi sur ceci notamment G.H. von WRIGHT, *Is and ought*, Communication in the 11th world Congress on Philosophy of Law and social philosophy, Helsinki, 1983; K. OPALEK, 'Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques', *A.P.D.*, 1972, p. 355 et s.; J. WRÓBLAWSKI, 'The problem of the meaning of the legal norm', *Österreichische Zeitschrift für offentliches Recht*, XIV, 3-4, 1964, p. 283 et s.

81. G. KALINOWSKI a raison de noter cependant l'interrelation étroite entre les 2 éléments constitutifs de la norme et conséquemment de souligner que dire d'une norme qu'elle existe, c'est dire qu'elle est obligatoire; voy. sur ceci G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, Paris, 1969, p. 91 et s. et du même auteur, 'Théorie, métathéorie ou philosophie du droit', *A.P.D.*, 1970, p. 192.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

les normes juridiques sauf à les dévitaliser de leur normativité propre n'est pas liée au caractère performatif des normes juridiques. L'effet propre de cette espèce de performatif qu'est l'acte linguistique constitutif d'une norme est-il susceptible d'être dit métalinguistiquement? On peut en douter. Ce qui caractérise le performatif est son auto-référentialité, soit la circonstance que 'l'énoncé exprime la proposition que ce que l'énoncé prétend produire est l'énoncé lui-même'.⁸²

Or celle-ci ne rend-elle pas impropre l'idée de rendre compte de l'effet normatif conçu en des termes non factuels par le biais d'une distinction des niveaux de langage? Ceci n'est-il pas à mettre en parallèle avec le constat fait par J. De Greef que la dimension performative des énoncés rend inutile le recours au métalangage suggéré par Russell pour résoudre les paradoxes logico-sémantiques de l'autoréférentialité, celle-ci se reportant au niveau métalinguistique et ainsi de suite ad infinitum?⁸³

Cette même idée est par ailleurs, quoique par un autre biais, avancée par J. Habermas dans *Connaissance et intérêt*: 'La compétence herméneutique vise un contexte de signification transmis par la tradition. Elle se distingue de la compréhension monologique du sens qu'exigent les propositions théoriques... La compréhension du sens devient problématique du point de vue méthodologique lorsqu'il s'agit de s'approprier des contenus sémantiques légués par la tradition comme c'est le cas dans les sciences morales: le "sens" qui doit être expliqué a ici, en dépit de son expression symbolique, le statut d'un fait, d'une donnée empirique. La compréhension herméneutique ne peut jamais analyser la structure de son objet au point que toute contingence en soit éliminée. Elle devrait sinon se changer en reconstruction, c'est-à-dire en une compréhension du sens des relations formelles... Comme nous ne disposons pas de telles règles de reconstruction pour des unités de sens léguées par la tradition, celles-ci réclament une compréhension herméneutique du sens qui saisit les relations symboliques comme les relations factuelles'.⁸⁴ On trouve là, la trace du cercle herméneutique⁸⁵, et des difficultés méthodologiques liées à la présence d'une signification au sein même des phénomènes étudiés. Or, le phénomène normatif, en ce y compris les normes juridiques, présente cet élément de signification en son sein. L'identité du sujet et de l'objet est là qui est immanquable. Prétendre rendre compte du phénomène à l'intervention d'une saisie des relations empirico-formelles en laquelle se réduirait l'existence des normes juridiques, n'est-ce point mé-

82. J. DE GREEF, 'Peut-on fonder des conventions', *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1980-4, p. 115; voy. pour de plus amples développements sur ceci notamment J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, 1970; et F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, Paris, 1981, p. 79 et s.

83. J. DE GREEF, 'Peut-on fonder des conventions', *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1980-4, p. 114.

84. J. HABERMAS, *Connaissance et intérêt*, Paris, 1976, p. 196-197.

85. J. LADRIÈRE, *L'articulation du sens*, Paris, 1970, p. 40 et s.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

connaître ce que Habermas appelle la factualité des unités de sens, soit leur signification historique pour le sujet parlant?

Une prise de conscience de la dimension herméneutique de la lecture de tout phénomène normatif en des termes qui entendent saisir cette normativité n'implique-t-elle pas justement que cette signification ne se laisse jamais saisir, marquée qu'elle est toujours par une précompréhension dont c'est la tâche sisyphique de l'herméneutique que de la décoder toujours à nouveau. L'on comprend dès lors aussi pourquoi J. Habermas privilégie le langage ordinaire comme le lieu même où se médient les interactions au sein desquelles sont insérées et s'accomplissent les sciences herméneutiques. C'est qu'il est à lui-même son métalangage, ayant la faculté de s'auto-interpréter⁸⁶, où l'on en revient à la réflexivité des énoncés performatifs. Dans cette même perspective, ne s'indique-t-il pas alors de prendre acte de ce que la normativité comme signification ne peut qu'être jamais redite sans que le vrai sur elle-même puisse s'élucider. L'on pourrait dès lors paraphraser à son endroit la phrase célèbre de J. Lacan selon laquelle 'il n'y a pas de métalangage (affirmation faite pour situer tout le logico-positivisme), que nul langage ne saurait dire le vrai sur le vrai puisque la vérité se fonde de ce qu'elle parle'.⁸⁷

Mais si cela est, les conséquences sont à en tirer sur le plan de la théorie de la norme juridique. Par évidence, il est une première approche de celle-ci qui trouve à s'exprimer dans ces 'sciences sociales causales' dont parlait Kelsen. Celles-ci proposent une lecture descriptiviste des phénomènes de normativité juridique: mais, sans que cela en détruise pour autant ni le caractère scientifique ni l'intérêt, à réduire le phénomène normatif à un phénomène social ou comportemental empiriquement constatable, un tel discours méconnaît la dimension proprement signifiante de ce phénomène, soit sa signification d'obligatorité. Ce n'est pas à dire non plus que la dogmatique juridique n'ait point son utilité; mais il importe peut être alors de prendre acte de ce que sa prétention à dire le vrai sur la validité juridique n'est que l'effet d'une problématique épistémologique dont la structure aporétique doit être reconnue. A défaut d'une telle prise de conscience la dogmatique juridique, par la précompréhension qui l'anime et le projet épistémologique sur base duquel elle fonde sa prétention scientifique, générera des effets proprement imaginaires qui assureront 'en vérité' la croyance en l'obligatorité de la loi, garantissant ainsi le règne de la loi 'là où perce la disparité du social, l'aléa de l'historique, les contradictions de l'individuel'.⁸⁸

Toute prise en compte théorique de la norme qui tente d'y intégrer la di-

86. J. HABERMAS, *Connaissance et Intérêt*, Paris, 1976, p. 203 et s.

87. J. LACAN, 'La science et la vérité', *Écrits*, Paris, 1966, p. 867-868.

88. J. LENOBLE et F. OST, *Droit, Mythe et Raison*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 552.

RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES

mension symbolique appelle donc un discours fondé sur un projet épistémologique irréductible à celui présenté par les théoriciens du droit positivistes. Cette nouvelle exigence à laquelle conduit la mise en évidence de la structure aporétique de l'épistémologie juridique positiviste peut cependant être rencontrée de diverses manières.

Il est une première manière qui tente d'emblée de poser le problème en termes de légitimité. L'idée est ici que le discours théorique qui tente de rendre compte de la dimension symbolique du droit a nécessairement pour objet la question de la légitimité. Il reste que celle-ci n'est plus à poser dans les termes iusnaturalistes classiques à peine, non seulement de présupposer une vision onto-théologique du monde, mais de ne point rencontrer des exigences mêmes de cette dimension herméneutique qui, par ailleurs, conduit à critiquer le modèle épistémologique positiviste dans notre domaine d'étude. Il s'agit au contraire d'apprendre à reformuler cette question de la légitimité dans les termes mêmes de la problématique du caractère herméneutique des sciences humaines et donc des sciences des phénomènes normatifs. Tel est très précisément le sens des recherches menées par J. Habermas, que, pour partie, tentent d'intégrer dans leurs recherches sur le droit A. Aarnio, R. Alexy et A. Peczenik. L'on connaît le célèbre texte de J. Habermas où celui-ci contre-argumente la thèse positiviste classique selon laquelle les questions d'ordre pratique ne sont pas susceptibles de vérité. L'on sait aussi que le critère de vérité des normes est à fonder, selon ce même auteur, sur une éthique cognitiviste du langage, soit sur le respect des conditions d'une communication sans entrave, qui, tout en étant purement idéale, constitue cependant le support agissant d'une référence normative toujours à reprendre.⁸⁹ Sans prétendre ici se prononcer sur une telle proposition, nous noterons néanmoins qu'à l'interpréter, non comme croyance utopique à une communication transparente, piège dans lequel risque parfois de tomber J. Habermas lui-même si l'on en croit G. Gadamer⁹⁰, mais comme exigence procédurale des conditions historiquement situées d'un débat critique, on définit le critère de légitimité non plus au plan des contenus normatifs mais au plan des procédures d'adoption de normes toujours réinterrogeables. Ce glissement, outre qu'il marque l'irréductible distance qui sépare une telle démarche de celle du courant iusnaturaliste, traduit précisément la tentative de penser la question de la légitimité dans le cadre proprement herméneutique d'un non-épuisement de la question du sens.

Il est cependant une seconde manière de rencontrer les exigences nées d'une prise de conscience du caractère aporétique de l'épistémologie juridique positiviste contemporaine. Il s'agit ici de ces courants philosophiques contemporains qui, poussant en quelque sorte jusqu'à son terme la logique

89. J. HABERMAS, *Raison et légitimité*, Paris, 1978, p. 142 et s.

90. G.H. GADAMER, *L'art de comprendre, Herméneutique et tradition philosophique*, Paris, 1982, p. 111, 112, 163 et s.

EFFECTIVITÉ ET FORCE SYMBOLIQUE

des positions de ceux qui ont mis en évidence le caractère herméneutique de toute science du normatif, vont jusqu'à affranchir toute lecture des phénomènes humains d'un quelconque horizon de vérité. L'idée n'est plus ici que le savoir théorique sur de tels phénomènes est à inscrire dans une quête incessante d'un sens en dévoilement constant quoiqu'indéfini. Au contraire l'idée même de ce dévoilement constant quoiqu'indéfini est considérée comme le dernier vestige d'une croyance imaginaire en une rationalité ultime d'un sens en voie de déchiffrement. C'est la présence d'un tel paradigme épistémique qui peut être décelé, quoique de façon diverse et toujours problématique, chez des auteurs comme M. Foucault, J. Lacan, J. Derrida et, à certains égards, Nietzsche et M. Heidegger. Quoiqu'une approche de la normativité juridique reste à faire sur base de cette dernière approche épistémologique, il faut noter qu'elle n'aboutit sans doute pas à éradiquer toute question de légitimité. A certains égards même, nous croyons qu'ici aussi, quoique de façon différente de chez Habermas, la prise en compte de la dimension symbolique du phénomène normatif, et donc le refus d'une lecture empirique, aboutit à inscrire, ne fût-ce que partiellement la réflexion théorique dans le cadre d'une problématique de la légitimité, même si celle-ci est à reconstruire.

Telles sont donc, nous semble-t-il, les deux orientations que la pensée philosophique contemporaine présentent pour tenter de rencontrer les exigences spécifiques d'une réflexion sur la normativité juridique qui tente d'intégrer la dimension symbolique de cette dernière. Il importait seulement ici de les situer, l'objet du présent travail étant réservé à en montrer la nécessité au départ d'une lecture des impasses auxquelles semblent conduire les tentatives des meilleurs théoriciens positivistes du droit. Nous tenterons précisément dans un prochain travail de reprendre ce double paradigme qu'offre la recherche philosophique contemporaine quant à l'élaboration d'un nouveau modèle d'épistémologie juridique et, conséquemment, d'une nouvelle approche de la validité des normes juridiques.

BIBLIOGRAPHIE

Bibliographie

- A. AARNIO, 'On truth and the acceptability of interpretative propositions in Legal Dogmatics', *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. Rechtsatheorie, Beiheft 2*, 1981, p. 33 et s., (A. AARNIO, I. NINILUOTO, J. UUSITALO eds).
- A. AARNIO, ALLXY Robert, PECZENIK Aleksander, The foundation of legal reasoning, *Rechtsatheorie*, 1981, p. 133-158; 257-279; 423-448.
- A. AARNIO, 'On the validity, efficacy and acceptability of legal norms', *Philosophical perspectives in Jurisprudence*, Acta Philosophica Fennica, 1983, p. 152 et s.
- P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. II, 1964.
- J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, traduction française par Gilles LANE, Paris, Seuil, 1970.
- A. BERTEN, Légalité et légitimité. A propos de J. HABERMAS, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 1980-4, p. 1 et s.
- J. BIARUP, *Legal realism or Kelsen versus Hägerström*, communication in the 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.
- E. BULYGIN, 'Norms, normative propositions, and legal statements', *Contemporary Philosophy. A new survey*, vol. 3, *Philosophy of Action*, edited by G. FLØSTAD, Martinus Nijhof Publishers, The Hague, Boston, London, 1982, p. 127 et s.
- C. CASIORADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.
- J. DE GREEF, 'Peut-on fonder des conventions?', *Revue Interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 1980-4, p. 97 et s.
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, Duckworth.
- R. DWORKIN, 'No Right Answer', *Law, Morality and Society* (P.M.S. HACKER and J. RAZ, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1977.
- H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, traduction française par Etienne SACRE, Paris, Seuil, 1976.
- H.G. GADAMER, *L'art de comprendre*, traduction française par Marianna SIMON, Paris, Aubier-Montaigne, 1982.
- J. HABERMAS, *Connaissance et intérêt*, traduction française par Gérard CLEMENCON et Jean-Marie BROHM, Paris, Gallimard, coll. N.R.F., 1976.
- J. HABERMAS, *Raison et Légitimité*, traduction française par Jean LACOSTE, Paris, Payot, 1978.
- R.M. HARE, *The Language of morals*, London, 1972, Oxford Clarendon Press.
- J.W. HARRIS, *Law and Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1979, reprinted 1982.
- L.A.H. HART, 'Scandinavian Realism', *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 233 et s.

BIBLIOGRAPHIE

- L.A.H. HART, *Le concept de droit*, traduction française par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, vol. 6, 1976.
- R.E. HILL, *Legal validity and legal obligation*, *Yale Law Journal*, vol. 80, 1970-71, p. 47 et s.
- F. JACQUES, *Dialogiques*, Paris, P.U.F., 1979.
- G. KALINOWSKI, *Théorie, Métathéorie ou philosophie du droit*, *A.P.D.*, 1970, p. 179 et s.
- G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. X, 1969.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 1ère édition de la 'Reine Rechtslehre' par Henri THEVENAZ, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2e édition de la 'Reine Rechtslehre' par Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, collection 'Philosophie du droit', vol. 7, 1962.
- J. LADRIERE, *L'articulation du sens*, Paris, Aubier, Montaigne, 1970.
- J. LENOBLE et F. OST, *Droit, Mythe et Raison*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, vol. 11, 1980.
- D.N. Mac CORMICK, 'Legal obligation and the imperative fallacy', *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 100 et s.
- C.W. MARIS, *Critique of the Empiricist Explanation of Morality*, traduction anglaise par Jane FENOULHET, Deventer, Kluwer, 1981.
- I. NIINILVOTO, 'On truth and argumentation in Legal Dogmatics', *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, Rechtslehre, Beiheft 2*, 1981, p. 53 et s., (A. AARNIO, I. NIINILVOTO, J. UUSITALO eds).
- I. NIINILVOTO, *Truth and Legal norms*, communication in the 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.
- C.S. NINO, 'Some confusions around Kelsen's concept of validity', *A.R.S.P.*, bd LXIV/3, 1978, p. 357 et s.
- K. OLIVECRONA, *Law as fact*, London, Stevens and Sons, 2d edition, 1971.
- K. OPALUK, 'Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques', *A.P.D.*, p. 355 et s.
- E. PATTARO, *Legal realism or Hägerström along with Hart*, communication in the 11th World congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.
- A. PECZENIK, 'The concept 'Valid Law'', *Scandinavian Studies in Law*, 1972, p. 211-251.
- J. RAZ, *The concept of a legal system*, Oxford, Clarendon Press, 2d edition, 1980.
- J. RAZ, *The authority of law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

BIBLIOGRAPHIE

- J. RAZ, *Legal validity*, *A.R.S.P.*, 1977, p. 339 et s.
- J. RAZ, *Kelsen's theory of the basic norm*, *The American Journal of Jurisprudence*, 1974, p. 94 et s.
- F. RECANATI, *Les énoncés performatifs*, Paris, Editions de Minuit, 1981.
- A. ROSS, *Directives and Norms*, London, Routledge and Kegan Paul, 1968.
- A. ROSS, *Tü-Tü*, *Scandinavian Studies in Law*, 1957, p. 138 et s.
- A. ROSS, *On Law and Justice*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1974 reprinted.
- I. TAMMELO, 'Contemporary development of the imperative theory of Law: an appraisal', *A.R.S.P.*, 1963, p. 255 et s.
- M. VAN DE KERCHOVE, *Les deux versions de la théorie kelsénienne des conditions de validité d'une norme juridique*, Université catholique de Louvain. Mémoire (inédit, 1970).
- G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, London, Routledge and Kegan Paul, reprinted 1971.
- G.H. VON WRIGHT, *On essay in Deontic Logic and the general theory of action*, *Acta Philosophica Fennica*, 1972.
- G.H. VON WRIGHT, *Is and ought*, communication in the 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.
- J. WOLENSKI, *Truth and Legal validity*, communication in the 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Helsinki, 1983.
- J. WROBLEWSKI, 'Verification and Justification in the Legal Sciences', *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft 1*, 1979, p. 207 et s., (W. KRAWIECZ, K. OPALEK, A. PECZENIK, A. SCHRAMM eds).
- J. WROBLEWSKI, *The problem of the meaning of the legal norm*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV, 3-4, 1964, p. 253 et s.