

LE « POSITIVISME » FRANÇAIS DANS LA LUMIÈRE DU NORD (LE RÉALISME JURIDIQUE SCANDINAVE ET LA DOCTRINE FRANÇAISE)

Pierre Brunet

Professeur à l'Université de Paris X
Centre de Théorie et Analyse du droit (UMR 7074)

À paraître dans

Raisonnement juridique et hiérarchie des normes, P. Brunet et Eric Millard (dir.), 2006

Aussi étonnant que cela puisse paraître, les réalistes scandinaves, et plus particulièrement Olivecrona et Ross, connaissaient fort bien la doctrine française¹. Certes, sans doute n'en suivaient-ils pas toutes les nuances, mais ils avaient une assez bonne idée de ce qui s'écrivait en France à leur époque ; ils lisaient ou du moins étaient capables de citer, peut-être de seconde main mais en tous les cas avec précision, Duguit, Carré de Malberg, Jèze, Scelle, Roubier, Virally ou encore Villey. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un œil, un seul, à l'index *nominum* des ouvrages de Olivecrona et Ross et à leurs notes de bas de page. Loin de se limiter à la doctrine allemande, dont ils sont évidemment imprégnés, ils lisaient les Français et loin de se contenter de les citer pour faire chic, ils en faisaient une lecture critique.

Qu'y trouvaient-ils ? Tout simplement, l'expression de positions qui, sans être originales, reflétaient assez bien les deux courants de pensée qu'ils combattaient : le jusnaturalisme d'abord, le positivisme ensuite. On sait que l'une des préoccupations majeures des scandinaves est de parvenir à justifier l'apport du réalisme à la science du droit : selon eux, la science juridique doit être une science empirique et non plus une science « normative », une science qui se donne pour but la description du droit en vigueur et non son évaluation ou une quelconque participation à son élaboration voire son édicition. Ils le font, en combattant la métaphysique qui mine toutes les théories du droit de leur temps², en révélant ce que les conceptions classiques du droit doivent à la magie³, ou encore en montrant ce que le positivisme doit parfois au jusnaturalisme⁴ dans cette façon qu'il a de faire de la volonté de l'État la source unique du droit.

¹ Sans parler de l'influence que l'école sociologique française a exercé en son temps ; sur ce point v. C. Faralli, *Diritto e Magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, (1987), Bologne, CLUEB, coll. FID, 1992 ainsi que sa contribution à ce volume.

² Hägerström définissait comme « métaphysique » toute « combinaison de mots dont le statut épistémologique ne saurait être déterminé avec certitude par celui qui le prononce ».

³ On pense évidemment à Hägerström, sur ce point C. Faralli, *Diritto e Magia, op. cit.*

⁴ Cf. K. Olivecrona, « Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy », *New York University Law Review*, 1952, p. 120-131, trad. ital. V. Ottonelli, in K. Olivecrona, *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castignone, C. Faralli e M. Ripoli, Turin, Giappichelli, 2000, p. 173-185. On sait que A. Ross lui-même prendra un malin plaisir à faire le même reproche à Kelsen en personne : A. Ross, « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961 p. 49-93, désormais traduit par E. Millard et E. Matzner in A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique*, Paris LGDJ, Coll. La pensée juridique, (à paraître) ; et pour une critique de la critique, M. Troper, « Ross, Kelsen et la validité », *Droit & Société*, n°50, 2002, p. 43-57. Hägerström n'était pas en reste qui avait consacré de minutieuses analyses à la théorie de l'État de Kelsen, v. A. Hägerström « Kelsen's Theory of Law and State » (1925), in *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. angl. C.D. Broad, avec une introduction de K.

Et comme des médecins généreux de faire profiter l'université française d'un nouveau vaccin, ils y dépistaient là comme ailleurs la maladie combattue. Il reste que, en dépit de ce qu'une lecture rapide peut laisser croire, certains juristes français n'étaient pas aussi gravement atteints et n'avaient pas tant besoin du vaccin récemment découvert. Dans ces conditions, au lieu de se demander quelles relations ont entretenu la doctrine française et les réalistes scandinaves – puisque, à cette question, il n'est qu'une réponse bien connue : aucune – mieux vaut tenter de relire les auteurs français à la lumière des thèses du réalisme scandinave. Pour ce faire, encore faut-il abandonner la figure du médecin pour celui de l'observateur aussi désintéressé que faire se peut et se demander si les critiques souvent radicales que les réalistes scandinaves ont pu adresser à la doctrine française étaient justifiées, en ayant pris soin préalablement, de revenir brièvement sur ces critiques auxquelles il est temps de cesser de faire allusion⁵.

1. La critique réaliste du jusnaturalisme et du positivisme

À les lire, il semble bien que, pour ses défenseurs, le réalisme immunise contre deux maux : l'idéalisme et le « volontarisme ». Le jusnaturalisme souffre essentiellement du premier de ceux-là, le positivisme, quant à lui, est plus gravement atteint car, bien qu'il ne le sache pas, il souffre des deux. C'est donc surtout contre lui que se battent les réalistes.

L'idéalisme affirme qu'il existe un monde spécifique du devoir-être séparé du monde de l'être et dont relève le droit parce qu'il comprend un devoir-être qui n'a rien de commun avec le monde des faits, qu'il ne peut donc être découvert au travers de l'examen des faits mais seulement par une connaissance des valeurs sur lesquelles se fonde le droit⁶. La connaissance du droit passe dès lors non pas par la description axiologiquement neutre de faits mais par la découverte et donc nécessairement l'évaluation des valeurs qui sont au fondement du droit. On comprend ainsi, d'une part, que l'idéalisme a partie liée avec le cognitivisme éthique ou juridique : la science du droit sera spécifiquement normative ; d'autre part, que si la

Olivecrona, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1953, chap. IV, p. 257 s. (recension de la *Allgemeine Staatslehre* de 1925 dans laquelle Hägerström évoque largement les *Hautprobleme* de 1911).

⁵ Avant d'aller plus loin, il convient d'écarter une hypothèse à première vue féconde mais qui, à l'examen, doit être abandonnée, selon laquelle le réalisme juridique tel que le pratiquent et le conçoivent les Scandinaves n'aurait pu « prendre » (comme on le dit d'une sauce ou d'un alliage) parce que, traditionnellement, le milieu intellectuel français a toujours été rétif à l'empirisme. Que ce rejet soit une constante française est assez peu contestable : le kantisme est sorti largement victorieux de la bataille. Mais les réalistes sont-ils à proprement parler empiristes ? Encore faut-il s'entendre sur ce que « empirisme » veut dire. Hägerström critiquait violemment ce qu'il appelait le « pur empirisme ». Si on en croit Cassirer, il considérerait que le pur empirisme, i.e., celui qui considère l'impression sensible comme l'unique racine de la connaissance de la réalité et qui rompt ainsi tous les liens logiques sur lesquels repose le système de corrélations de l'expérience, était contradictoire : parce que Hägerström demeurerait kantien et adhérerait au principe selon lequel l'expérience n'est possible que par la représentation d'une liaison nécessaire des perceptions. Ainsi, pour Hägerström, « l'empirisme qui ne voit et ne reconnaît dans l'expérience rien d'autre que ce qui se présente dans les données de la perception sensible » est une simple variante du dogmatisme métaphysique. Et lorsqu'il lui faut justifier son concept de réalité, il rejette aussi bien l'idée que ce concept puisse être fondé *a posteriori* que médiatisé *a priori* : il est immédiat. Or, que veut dire immédiat chez Hägerström, sinon indépendant de l'expérience ? Je cite Hägerström (d'après Cassirer) : « la validité du concept de réalité ne peut pas être considéré comme reposant dans son ensemble sur une connaissance expérimentale particulière parce que cette validité est là en permanence présupposée ». Bien évidemment, cela n'exclut pas un refus, proprement empiriste, de la connaissance *a priori* ni n'est incompatible avec une des premières critiques systématiques des théories éthiques. Cf. E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique*. Axel Hägerström. Une étude sur la philosophie suédoise contemporaine (1939), trad. fçse J. Carro et J. Gaubert, Paris, Cerf, 1996 p. 47 s. V. aussi le texte de C. Faralli ici même et, bien évidemment, E. Pattaro, *Il realismo giuridico scandinavo, I., Axel Hägerström*, Bologne, CLUEB, 1974, p. 80 s. ainsi que S. Strömhölm et H. H. Vogel, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, Préf. de M. Villey, Paris, LGDJ, 1975, p. 23 s.

⁶ K. Olivecrona, « Realism and Idealism », *art. cit.*, p. 120.

philosophie jusnaturaliste classique, parce qu'elle a toujours posé que le droit était un devoir-être, souffre de cet idéalisme et de ce cognitivisme, elle n'est pas seule atteinte ; le mal ronge également le normativisme puisque ce dernier se fonde lui aussi sur l'idée que les normes sont des entités idéales objectivement valides qui ne peuvent être comprises que d'un point de vue interne spécifiquement juridique⁷.

Le « volontarisme » que réfutent les réalistes est celui qui est au fondement même de la théorie anthropomorphique et réifiante de l'État développée par le positivisme anglais puis allemand et qui fait du droit l'expression de la volonté du souverain ou du législateur ou, plus encore, de l'État. Or, les réalistes parviennent à montrer que derrière cette théorie et des usages qu'elle fait de la volonté, du commandement ou de la personnalité juridique, on retrouve l'attitude évaluative et cognitive du jusnaturalisme.

Selon les réalistes, la thèse du positivisme volontariste s'exprime sous trois formes, toutes également métaphysiques et circulaires⁸, selon lesquelles le droit est l'expression de la volonté du souverain, du peuple ou encore de l'État comme personne juridique.

Ces thèses sont qualifiées de métaphysiques pour deux raisons ; d'abord, parce qu'elles supposent l'existence d'entités non-empiriques : le souverain, le peuple ou l'État en tant que personne juridique ne sont que des artifices ou des hypostases ; ensuite parce qu'elles sont contradictoires : en effet, ou bien elles admettent que la « volonté » dont l'expression est attribuée à ces entités ne saurait s'entendre au sens naturel d'une volonté humaine et alors on ne voit pas de raison susceptible de justifier un tel anthropomorphisme, ou bien ces théories reconnaissent que la volonté de ces entités est semblable à la volonté humaine et elles

⁷ Il suffit de se reporter à la préface par Kelsen de la première édition de sa thèse, v. H. Kelsen, *Hautprobleme der Staatslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911. De ce qu'il considère alors que le « normatif » dépend de la signification objective d'un énoncé, il en déduit que la validité des normes est objective et en vient à affirmer que les propositions qui les décrivent, celles de la science du droit, sont des « propositions normatives » (*Sollsätze*) ou encore des « propositions de droit » (*Rechtssätze*) c'est-à-dire, des propositions descriptives de normes mais néanmoins « normatives » parce que formulées en termes de *Sollen* et non de *Sein*. Sans craindre d'ajouter à la confusion, Kelsen précise que ce *Sollen* est un « *Sollen* descriptif » ce qui, au regard de la logique, est une *contradictio in adjecto*. D'où un dilemme apparemment insoluble car ou bien la science du droit est pure, ses propositions sont descriptives et relèvent du *Sein*, ou bien elles relèvent du *Sollen*, sont prescriptives et la science du droit ne peut prétendre à la pureté. De là découlent toutes les critiques adressées au positivisme de Kelsen ou son quasi-positivisme, à la pureté de sa théorie et à son concept de validité. V. par ex., C. S. Nino, « Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 64, 1978 repris ds *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, réimp. 2000, chap. I, ; R. Guastini, « Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique », *Revue de métaphysique et de morale*, 4, 1997, p. 551-563 et, du même, « "Sollsätze". An Exercise of Hard Legal Positivism », in P.-L. Chiassoni (dir.), *The Legal-Ought*, Turin, Giappichelli, 2001, p. 102-116. On peut cependant relativiser le paradoxe (apparent) du *Sollen* normatif en privilégiant les derniers textes de Kelsen, ceux postérieurs à 1963, dans lesquels il se rallie clairement à une conception expressive des normes – selon laquelle une norme n'est pas la signification spécifique d'un énoncé mais le résultat ou la signification d'un certain type d'acte (de volonté), de sorte qu'un même énoncé peut, selon l'usage qui en est fait par le locuteur, être une proposition ou une norme – et reconnaît le caractère fictif de la norme fondamentale. Sur tous ces points, v. C. E. Alchourrón et E. Bulygin, « The Expressive Conception of Norms », in R. Hilpinen (dir.), *New Essays in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-Londres, Reidel, 1984, p. 95-124 et E. Bulygin, « Norms and Logic : Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms », *Law and Philosophy*, 4, 1985, p. 145-163 [ces deux textes sont disponibles en espagnol in C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, resp. p. 121 s. et p. 249 s.].

⁸ C'est Hägerström qui fut le premier à se lancer dans une réfutation systématique, v. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, op. cit. (l'ouvrage, dont Olivecrona est à l'origine, rassemble des essais allant de 1916 à 1939. Villey lui consacre un bref compte-rendu à la *Revue historique de droit français et étranger*, 1956, p. 120-121). V. aussi K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, chap. 2 ; E. Pattaro, *Il realismo giuridico scandinavo*, op. cit., p. 80 s. et S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Turin, Giapichelli, 1995, p. 60 s.

basculent dans une dimension surnaturelle. Il reste que, on l’aura compris, là n’est pas la dimension la plus originale des réalistes qui auraient tout aussi bien pu parler de « fictions » et rejoindre ainsi la cohorte des critiques devenues classiques.

Plus intéressante en revanche est la critique tirée de la circularité de ces thèses. Ainsi, par exemple, font-ils valoir que la thèse, défendue par Bentham et plus tard par Austin, selon laquelle le droit est l’expression de la volonté du souverain dans l’État repose logiquement sur l’idée que l’État est une organisation du pouvoir, or, il n’y a d’organisation qu’à la condition d’admettre l’existence préalable d’un ensemble de règles que les membres de l’organisation se sentent un tant soit peu tenus de suivre. Ces règles, ce sont précisément ce que l’on appelle des règles de droit : concevoir le souverain dans l’État revient donc à présupposer l’existence d’un ordre juridique. Il y a donc bien un vice de circularité : la volonté du souverain n’est du droit que parce que le droit le prévoit et non sa volonté⁹. C’est de ce même vice que souffrent les autres variantes de la théorie impérativiste, que ce soit celle qui place le peuple à la source du pouvoir ou celle qui y place l’État : alors même qu’elles soutiennent que le peuple ou l’État sont à la source du droit, elles doivent logiquement reconnaître que ni le peuple ni l’État ne peuvent exister indépendamment du droit.

Toutes ces variantes du volontarisme partagent donc la même structure fondamentale : après avoir jeté le droit naturel aux orties, elles ont cru pouvoir affirmer que le droit était le produit de la volonté d’une autorité suprême, mais la question du fondement de cette autorité s’est posée comme pour le bon vieux jusnaturalisme, et la réponse fut identique, sauf qu’à la nature, on a substitué la volonté du peuple, de l’État ou du souverain, soit autant de mystifications et de circularité qu’auparavant, parce qu’aussi bien le jusnaturalisme que le positivisme concevaient le droit comme ayant, par essence, un caractère contraignant, comme étant quelque chose d’obligatoire, comme si, en définitive, ce qui n’était pas obligatoire ne pouvait pas être du droit¹⁰.

Le réalisme permet quant à lui de sortir de cette impasse en évitant le « sophisme volontariste »¹¹, pour ce faire, ses partisans proposent de se débarrasser purement et simplement de la question du fondement du droit pour ne conserver que celle de son fonctionnement. Cela se traduit parfois par des images pour le moins parlantes : ainsi, à ceux qui identifient les normes juridiques avec les actes de volonté du « souverain » Olivecrona objecte qu’ils confondent la machine et son inventeur, et rendent dès lors compte non de la machine mais de la volonté de son inventeur. Or, cette machine est plus complexe que ce que les thèses volontaristes ont cherché à montrer : le terme droit ne désigne pas des impératifs émanant d’un Imperator Souverain mais un ensemble d’énoncés prescriptifs mais qui ne correspondent pas à des déclarations de volonté, ce sont, pour reprendre Olivecrona, des modèles de comportements exprimés en forme impérative ou, pour Ross, des énoncés du langage prescriptif¹².

⁹ K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 68. Sur ce point, v. H. L. A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon P., 1982, chap. IX, not. p. 224.

¹⁰ Ce qui autorise tous les sophismes. Ainsi Olivecrona donne-t-il l’exemple de Jellinek qui aurait défendu l’idée que la force contraignante du droit serait fondée sur le fait que le droit est généralement reconnu comme contraignant, ce qui reviendrait à dire, poursuit-Olivecrona, que le devoir d’obéir à la loi serait fondé sur le fait de reconnaître l’existence d’un tel devoir. À la décharge de Jellinek, Olivecrona ne cite pas le passage d’où il tire cette affirmation.

¹¹ Olivecrona parle de « voluntaristic fallacy » : v. *Law as Fact*, 2^e éd., p. 84.

¹² « Law as Fact », in *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, Oxford, Oxford U.P., 1947, p. 542-557 (trad. ital. in K. Olivecrona, *op. cit.*, p. 73-98) ; Ross A., *On Law and Justice* (1953), trad. angl. M. Dutton, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 6 s. et *Directives and Norms*, Londres,

On aurait tort de n'accorder à une telle démarche que la valeur d'une pirouette rhétorique car ce faisant, le réalisme entend établir une distinction nette entre deux ordres de questions : les unes purement factuelles ou historiques ; les autres, relevant d'une science juridique au sens propre, à savoir une science portant sur des faits sociaux et non une science normative ayant affaire avec des entités idéales. Aussi n'auront-ils pas besoin de la « norme fondamentale » de Kelsen pour répondre à la question du fondement de la Constitution. En effet, la description du mode de production du droit revient à décrire le fonctionnement d'un système de faits et n'implique pas nécessairement de savoir quel serait le fondement de ce système, pas plus qu'il n'est nécessaire d'expliquer l'origine de l'homme pour décrire le fonctionnement du corps humain¹³. Cette dernière analogie apparaît pourtant contestable : si, comme les réalistes le soutiennent, le droit est un fait, il peut bien avoir une origine (causale) et il n'y aurait alors rien de choquant à vouloir décrire cette origine. Elle est néanmoins fort révélatrice de ce que la question de l'origine et celle du fondement, tant en ce qui concerne l'homme qu'en ce qui concerne le droit, ont été bien souvent étroitement liées par les philosophies jusnaturalistes, lesquelles ont toujours posées la question de l'origine de l'homme ou du droit en s'étant fait une idée *a priori* tant de l'homme que du droit, l'un comme un être de raison, l'autre comme des commandements moralement obligatoires. En sorte qu'il faut distinguer trois types de questions : celle de l'origine de la première constitution, qui est une question historique et concerne donc les historiens, celle du fondement de la Constitution ou plus généralement du droit, qui est une question morale et concerne l'éthique, celle du mode de production du droit, qui ne concerne que la science du droit.

Pour autant, si l'on admet avec les réalistes que le volontarisme se heurte au présupposé logique selon lequel l'État (ou le souverain ou le peuple) n'existe que grâce au droit, donc grâce à cet ensemble d'énoncés, doit-on considérer que les réalistes défendent l'idée que c'est le droit qui fait l'État et non l'État qui fait le droit ? On mesure combien cette question est en réalité étrangère aux réalistes : défendre l'une plutôt que l'autre thèse revient inévitablement à poser une question dans des termes qui ne sont pas les leurs, savoir « quel est le fondement du droit ? » or, cette question concerne au mieux l'histoire au pire la morale¹⁴.

Voilà pour les réalistes. Revenons maintenant à notre question : les auteurs cités tombaient-ils sous le coup des critiques que les réalistes leur adressaient ? Comme le suggère la question, la réponse sera nuancée. Au risque de décevoir, je me bornerai à deux auteurs, Duguit et Carré de Malberg, parce que ce sont eux, bien avant les autres, qui font l'objet des commentaires les plus substantiels¹⁵.

Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 82. Ce dernier distingue, comme l'on sait, le droit du droit « en vigueur », expression qui se rapporte à l'ensemble des règles effectivement employés par les juges pour trancher les litiges.

¹³ Cf. K. Olivecrona, « L'imperativo della legge » [« Lagens Imperativ », Lund, 1942], trad. ital. F. Cordero, *in* K. Olivecrona, *op. cit.*, p. 51-72 et *Law as Fact*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 96.

¹⁴ Lorsque Olivecrona prend position en faveur de l'antériorité du droit sur l'État, il précise qu'il se place d'un point de vue historique et reconnaissons que, d'un point de vue historique, la présence du droit à Athènes ou Rome est moins contestable que celle de l'« État ».

¹⁵ Notons ainsi qu'à la fin de son article sur les concepts d'État et d'organe d'État, A. Ross examine les théories de Jellinek, Carré de Malberg et Kelsen : v. « Sur les concepts d'État et d'organes d'État », trad. fçse P. Brunet, *Droits*, 23, 1996, p. 131-144 (nouvelle traduction par P. Brunet et E. Millard, *in* A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique, op. cit.*) ; Olivecrona et Ross s'intéressent d'assez près à la doctrine de Duguit lorsqu'ils se penchent sur la question des droits subjectifs, v. not. A. Ross, *On Law and Justice, op. cit.*, p. 186 et 256, ainsi que, A. Ross, « La délégation de pouvoir », trad. fçse P. Brunet, *Droits*, 25, 1997, p. 99-119 (nouvelle traduction par P. Brunet et E. Millard, *in* A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique, op. cit.*), Olivecrona consacre quelques (maigres) développements à Carré de Malberg dans *Law as Fact*.

Le paradoxe est que c'est celui qui s'est réclamé d'un « réalisme » sociologisant – au demeurant fort peu scandinave – qui s'est le plus éloigné des thèses réalistes. Tandis que, de l'autre côté, le plus positiviste sinon normativiste, s'en est rapproché.

2. *Le positivisme sociologique est un jusnaturalisme*

Le positivisme sociologique se réclame souvent du « réalisme » : le réalisme dont il est alors question se confond avec l'idée que les faits sociaux sont à l'origine du droit. Cela peut être entendu comme une manière de dire que le droit est un ensemble de faits sociaux et l'on pourrait être tenté d'y retrouver un *leitmotiv* réaliste¹⁶. Cette affirmation est tout de même à prendre avec des pincettes car l'affirmation selon laquelle « le droit est un ensemble de faits sociaux » peut recevoir au moins deux significations comme on voudrait le montrer.

Duguit écrit : « je n'admets comme réel, dans le monde social comme dans le monde physique, que ce que je constate par l'observation directe ; et tout ce que je constate ainsi, je l'admets comme réel. Il n'y a de réel que l'observable et tout l'observable est réel. Tel est le postulat indispensable de toute science »¹⁷. Belle déclaration empiriste, du moins quant aux principes, mais qui n'emporte guère de conséquences et se révèle très équivoque tant que l'on ne connaît pas le moyen par lequel se fait l'observation. Car, dans ces conditions, le droit existe-t-il ? On sait justement que Duguit entendait s'écarter de la théorie pure du droit en contestant la distinction entre le *Sein* et le *Sollen* : « le droit, écrira-t-il, est un ensemble de règles, mais des règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de Sein »¹⁸. D'où une conclusion plus simple qu'il n'est pas besoin d'être grand clerc pour poser : le droit est un ensemble de faits.

Cela peut, d'une part, signifier que les faits sociaux, les coutumes, les traditions, les mœurs, voire la moralité, sont à l'origine du droit – et c'est une doctrine sociologique ou historique du droit ou des sources du droit dont la fonction est de justifier le rapprochement entre le droit et les mœurs (et des mœurs à la morale, le pas est vite franchi)¹⁹. D'autre part, cela peut vouloir dire que l'étude du droit suppose que l'on étudie le droit comme les autres faits sociaux, à l'aide d'une méthode empirique et non à partir de principes *a priori* : c'est une thèse épistémologique. C'est cette thèse que défendent les scandinaves et que Olivecrona illustre à plusieurs reprises. Cette thèse emporte une conséquence politique *lato sensu* et est pour eux d'une importance extrême puisqu'elle revient à dire qu'une telle étude n'est pas réservée au groupe restreint d'initiés se parant du nom de « légistes »²⁰.

¹⁶ D'où le titre bien connu du maître ouvrage de K. Olivecrona, *Law as Fact* (1^{ère} éd., 1939) mais qui peut prêter à confusion.

¹⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, 2^e éd., 1921-1925, p. 329.

¹⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, 3^e éd., 1927-1930, p. 64.

¹⁹ Cette ligne de pensée ne rassemble pas qu'une école, celle historique du droit, comme on pourrait intuitivement l'imaginer. Même l'un des plus fins et des plus ironiques critiques de cette dernière – je veux évidemment parler de Hermann Kantorowicz – s'est réclamé de cette thèse, comme par la suite tous les critiques du positivisme se réclamant du « droit libre » ou du « pluralisme ». De Kantorowicz, on ne peut malheureusement rien signaler en langue française, mais son « manifeste », signé Gnaeus Flavius, vient d'être réédité en allemand : *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), Nomos, Baden-B., 2002 (il fut traduit en italien par Majetti en 1908 à Milan chez Remo Sandron et cette traduction a été réimprimée en 1988 à Bologne par Arnaldo Forni Ed.). Pour sa présentation critique de Savigny et de l'École historique du droit, v. « Savigny and the Historical School of Law », *Law Quarterly Review*, 1937, p. 326-343.

²⁰ On mesure ainsi ce qui sépare cette thèse de celle de Hobbes dans le *Dialogue des Common Laws*. Tandis que ce dernier y défend une thèse éminemment politique (en mettant en scène le légiste ardent défenseur de la common law faite par les juges et que ridiculise le philosophe, partisan de la loi comme expression de la volonté du souverain), les réalistes scandinaves, pour leur part, défendent une thèse d'abord épistémologique en vue de distinguer aussi radicalement que possible l'étude du droit de sa production.

Ici une question se pose : cette thèse épistémologique cache-t-elle une doctrine morale tendant à justifier la séparation du droit et de la morale ? Bien sûr que non. Pour le comprendre, il faut à nouveau distinguer : si la doctrine de la séparation du droit et de la morale tend à affirmer que le droit ne doit pas se conformer à la morale, c'est évidemment une thèse prescriptive, et en tant que telle, elle n'apporte aucune connaissance. C'est donc encore autrement que le réalisme avance la thèse de la séparation du droit et de la morale : en tant que *requisit* épistémologique. Il ne s'agit pas de nier que le droit se conforme, le cas échéant, à la morale, mais il s'agit d'étudier le droit indépendamment des préceptes moraux ; en d'autres termes d'admettre comme relevant du « droit » aussi bien les prescriptions des juges conformes aux règles de la moralité que celles qui s'en distinguent.

Aussi banal que soit ce qui vient d'être dit, cela permet de situer l'apport le plus important du réalisme : un apport épistémologique. En un mot, le réalisme n'est pas une doctrine du droit mais une doctrine de la connaissance juridique²¹.

Or, à l'évidence, Duguit encourt la critique que Olivecrona adresse à ceux qui confondent la machine avec la volonté de son créateur : que le droit soit un ensemble de règles « nées » de besoins pratiques ne transforme pas le droit en un fait, pas plus que l'obligation biblique de n'avoir qu'un seul Dieu ne saurait être assimilée à la loi de la gravitation sur le seul fondement de ce qu'elle permet la cohésion sociale et répond ainsi à un besoin pratique.

Pour dire que le droit est un fait, Olivecrona n'a pas besoin de l'origine pratique des règles juridiques : il lui suffit de décortiquer le processus intellectuel qui est à l'œuvre dans la production de la signification normative chez les individus. D'où, chez lui, le recours à la psychologie (pour des raisons elles aussi historiques évidentes qui ont à voir avec un certain goût pour la nouveauté ou la mode). Mais Duguit ne fait pas de psychologie, il veut faire de la sociologie, comme Auguste Comte. Et le voilà qui en vient à défendre deux idées pour le moins contradictoire.

Première idée, que l'on peut considérer comme la part critique : l'État n'est pas une personne ni non plus la personnification d'une collectivité mais « le groupe d'hommes qui, en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres »²². Duguit retrouve son « réalisme » qui lui fait rejeter les mystifications allemandes et autres constructions prussiennes au profit des faits car, écrit-il en dehors des faits tout n'est que fiction. Donc, si l'on s'en tient aux faits, il n'y pas une personne État mais seulement des individus ; il n'y a pas de droits subjectifs mais seulement des pouvoirs ; il n'y a pas de volonté collective mais seulement des volontés individuelles, etc. Quelle traversée des apparences ! Mais si l'État est le groupe des plus forts, comment distinguer l'État de la bande de voleurs ?

C'est alors que vient la seconde idée, celle d'une « coïncidence absolue » entre l'individuel et le collectif : « il n'y a pas et il ne peut pas y avoir d'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, entre l'individu et l'État, l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun sont étroitement solidaires, il y a une coïncidence permanente et absolue des buts collectifs et des buts individuels (...) plus la société se fortifie plus l'homme s'individualise »²³. Il faudrait donc admettre cette coïncidence absolue comme le résultat d'une observation de la nature humaine – ce qui laisse songeur sur l'uniformité de cette même nature. Or, qu'importerait de constater l'existence factuelle de cette coïncidence si cela revenait à reconnaître dans le même temps que ce fait n'a pas de « signification » ?

²¹ Ce point est très clairement établi par R. Hernández Marin, « Diritto e scienza. Saggio su A. Ross », in E. Pattaro (dir.), *Contributi al realismo giuridico*, Milan, Giuffrè, 1982, p. 193-273.

²² L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris Fontemoing, 1901, p. 18.

²³ *Ibid.*, p. 10.

La conclusion qui s'impose est donc simple : l'État est ce groupe d'hommes matériellement les plus forts mais il n'y a rien à craindre de cette force puisque, leurs intérêts coïncidant absolument et en permanence avec ceux des faibles, cette force sera toujours juste. Remarquons que, contrairement à son apparence grammaticale, cette conclusion n'est pas factuelle, elle est normative : elle repose non sur des faits mais sur l'idée qu'il faut préserver cette coïncidence prétendument factuelle entre l'intérêt de tous et celui de chacun, parce qu'en définitive, il faut préserver les plus faibles. Or, une conclusion tout aussi normative mais exactement inverse était possible : il faut faire cesser cette coïncidence absolue et permanente.

La démarche de Duguit est en réalité assez banale et rappelle la tentative ancienne de justifier l'État par un exposé savant sur la nature humaine. Tout le reste en découle. Tant sa thèse selon laquelle l'État, entendu au sens du groupe d'individus matériellement les plus forts, est limité par la Règle de droit, que celle selon laquelle le droit est une limite de la force procédant d'un présupposé normatif, à savoir que l'on ne doit pas séparer les deux sphères, celle individuelle et celle collective. On en veut pour preuve ce qu'il dit du fondement de la règle de droit. Duguit a beau jeu de marteler que cette règle de droit est une règle de fait, qu'elle trouve sa première expression dans la conscience des hommes, qu'elle est fondée sur la coïncidence des buts sociaux et individuels, car, de ce qu'elle est, pourquoi doit-on la suivre ? Duguit explique qu'elle dit à l'homme « Fais cela parce que cela est »²⁴. Or, de deux choses l'une : ou bien cela est, et je n'y peux rien, ou je dois le faire mais non parce que cela est : mais parce que cela doit être.

On l'aura compris, cette thèse repose bien tout entière sur un sophisme naturaliste. Or, d'un fait, on ne peut inférer aucune norme : un fait est un fait et les jugements de valeur que l'on peut porter sur lui sont aussi nombreux que les individus eux-mêmes. Duguit se veut certes ancré dans les faits mais les faits sont choisis à l'aune de valeurs qui lui sont propres. Ainsi cette règle de droit qu'il érige comme étalon de mesure de la volonté des organes de l'État n'est rien d'autre qu'une règle de justice supra humaine, indépendante de toute volonté et dont l'objectivité lui viendrait de ce qu'elle est un fait. Le positivisme sociologique de Duguit n'est rien d'autre qu'un cognitivisme.

À dire vrai, on aurait pu s'épargner cette fastidieuse démonstration en se contentant de citer Olivecrona ou Ross : l'un comme l'autre n'ont jamais accordé tellement d'importance aux déclarations pro-positivistes du maître bordelais, et pour cause.

Duguit semble donc inguérissable et le remède réaliste n'y peut mais. D'autres, au contraire, apparaissent moins gravement atteints.

3. Le positivisme de Carré de Malberg et la question de l'État : deux lectures

S'il est un auteur français qu'aiment à citer les réalistes scandinaves, c'est bien Carré de Malberg. Ce dernier apparaît comme le père du positivisme juridique, entendez, ce positivisme étatique que Hägerström, puis Olivecrona et Ross ont pris plaisir à stigmatiser pour les hypostases dans lesquels il se perd. Carré de Malberg étant aisément identifiable comme « grand positiviste étatique », il semble devoir tomber sous le coup de la critique des réalistes scandinaves contre le positivisme étatique. Et pourtant... ce n'est pas si simple.

On trouve en effet chez Carré de Malberg de multiples déclarations empiristes et positivistes : la science juridique, dit-il, doit partir « non de conceptions rationnelles ou *a priori* mais des données positives fournies par le droit public en vigueur »²⁵. C'est pourquoi, il examinera

²⁴ *Ibid.*, p. 15.

²⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, réimp. Éd. CNRS 1965, t. 1, p. 1 note 1.

« les diverses formations politiques auxquelles l'usage s'est établi de donner le nom d'État » et exposera alors la théorie classique des trois éléments de l'État. Comment ne pas identifier ici une démarche que nous connaissons ? Elle se fonde sur l'usage, sur les données positives, elle est donc bel et bien empirique, elle est précisément celle revendiquée par les réalistes²⁶. Mais ces déclarations d'intention ne sont pas toujours confirmées et deux lectures sont possibles.

3.1. Carré de Malberg et la tentation métaphysique

Cette tentation est principalement celle de ses récents interprètes qui insistent sur l'importance prise, dans son analyse du droit, par les « principes » : Carré de Malberg consacrerait, selon cette lecture, l'essentiel de son analyse moins « au droit comme ensemble de règles posées selon des procédures prévues par une constitution en vigueur » qu'à des « principes dont la valeur de vérité est indépendante de la positivité »²⁷. De ces principes, qui sont principalement au nombre de deux, celui de la souveraineté nationale d'un côté, celui de la souveraineté monarchique de l'autre, non seulement Carré de Malberg fait découler une théorie de l'État, de la représentation, de la loi, etc. mais en outre, il établit une hiérarchie entre eux, au profit, évidemment, du premier : la souveraineté nationale, consacré par la Révolution française, aurait une valeur supérieure à celui de la souveraineté monarchique. Ainsi, en définitive, la démarche de Carré de Malberg serait-elle « fondamentalement prescriptive »²⁸ parce que son approche serait d'abord et avant tout essentialiste : il chercherait à atteindre l'essence de l'État et non à rendre compte de son existence.

Des manifestations de cet essentialisme ne sont certainement pas difficiles à trouver, il suffit se reporter à ce qu'il dit, au début de la *Contribution*, des doctrines classiques de l'État. Ces dernières, on le sait, définissaient l'État comme la réunion de trois éléments : un peuple, un territoire et un gouvernement (un pouvoir). Or, selon Carré de Malberg :

« ces doctrines reposent sur une confusion. En effet, le territoire, l'agglomération des habitants vivant en commun, l'organisation elle-même de la collectivité et la puissance publique qui en dérive, ne sont que des conditions de la formation de l'État : ces divers facteurs combinés vont bien avoir l'État pour résultante, mais l'État ne se confond avec aucun d'eux. *Une telle confusion n'aurait point été commise, si l'on avait su s'élever de l'observation des éléments de fait de l'État à une notion tirée des éléments de droit qui déterminent son essence juridique.* Il semble incontestable que ce sont ces éléments de droit qui doivent prédominer dans la définition juridique de l'État. Or, au point de vue juridique, l'essence propre de toute communauté étatique consiste d'abord en ceci que, malgré la pluralité de ses membres et malgré les changements qui s'opèrent parmi eux, elle se trouve ramenée à l'unité par le fait de son organisation (...) Tel est le *fait juridique capital* dont la science du droit doit tenir compte, et elle ne peut en tenir

²⁶ On pense à Ross et notamment aux premières lignes de son article « Sur les concepts d'État et d'organes d'État », *art. cit.*

²⁷ E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, th., Paris II, 1997, vol. 2, p. 568 (à paraître aux PUF, coll. Léviathan) ainsi que « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *AHRF*, « La Révolution et le droit », n°328, 2002, p. 5-27 not. p. 20 s. ; v. aussi, O. Beaud, « La souveraineté dans la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1251-1584 not. p. 1296 s. où la souveraineté nationale est tenue pour l'expression d'un « idéalisme » et, du même, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Presses Univ. Strasbourg, N°1, 1997, p. 219-254.

²⁸ E. Maulin, *Ibid.*, p. 569.

compte qu'en reconnaissant dès lors à l'État, expression de la collectivité unifiée, une individualité globale distincte de celle de ses membres particuliers et transitoires, c'est-à-dire en définissant l'État une personne juridique »²⁹.

Décrire le droit, c'est donc non pas décrire des faits mais des essences et comment saisir ces dernières sinon à travers des conceptions *a priori* ? Et si ces essences ne peuvent être saisies qu'au travers de conceptions *a priori*, à quoi servent les données du droit positif ?

On peut, de même, se demander si Carré de Malberg est fidèle à son positivisme lorsqu'il écrit que « la science juridique n'a pas seulement pour objet de constater les faits générateurs du droit, mais elle a pour tâche principale de *définir les relations juridiques qui découlent de ces faits* »³⁰. Une telle affirmation laisse sceptique pour deux raisons. D'une part, ce qui est désigné par l'expression « relations juridiques » est loin d'être clair : s'agira-t-il de normes ou de faits et s'il s'agissait de normes, faudrait-il considérer que ces normes découleraient de faits ? D'autre part, l'idée que la science doive « définir » des relations juridiques ne brille pas davantage par sa clarté : du point de vue positiviste, la science n'a pas à définir quoi que ce soit, il lui revient seulement de décrire, de connaître.

Enfin, comment ne pas relever cette extraordinaire contradiction qui lui fait soutenir, d'une part, que « le droit proprement dit ne peut se concevoir que dans l'État une fois formé ; et par suite, il est vain de rechercher le fondement ou la genèse juridiques de l'État. L'État, étant la source du droit, ne peut pas avoir lui-même sa source dans le droit »³¹ et d'autre part, « l'État ne doit pas être envisagé comme une personne réelle, mais seulement comme une personne juridique, ou plutôt, l'État n'apparaît comme une personne qu'à partir du moment où on le contemple sous son aspect juridique »³².

À l'évidence, ce n'est pas simple, et pourtant une autre lecture demeure possible.

3.2. Carré de Malberg réaliste ?

Tout tient dans cette analyse qu'il livre de l'ordre naturel des choses entre État et unité de l'État. On sait qu'il affirme haut et fort que l'État est une unité de personnes et de temps³³. Mais d'où lui vient cette unité ? De ce qu'il est une personne ? Non, dit-il, de ce qu'il a des organes. Qu'est-ce que cela signifie ? Pour le comprendre, il faut revenir un temps en arrière. Bien que positiviste, Carré de Malberg ne croit pas plus que les réalistes scandinaves à l'idée que l'État soit une « personne » s'il faut entendre par là ce qu'en disait, par exemple, Esmein. Ce dernier écrivait : « L'État est la personnification juridique de la nation (...) l'État, sujet de la souveraineté, n'étant qu'une personne morale, il faut que la souveraineté soit exercée en son nom par des personnes physiques, qui veuillent et agissent pour lui »³⁴. On reconnaîtra sans mal ici la thèse classique de la personnalité juridique de l'État et qui sert à fonder l'autre thèse, critiquée par les réalistes pour sa redondance, selon laquelle le droit est l'expression de la volonté de cette personne.

²⁹ *Contribution*, t. 1, p. 8-9.

³⁰ *Contribution*, t. 1, p. 8 je souligne.

³¹ *Contribution*, t. 2, p. 490.

³² *Contribution*, t. 1, p. 27. Sur cette contradiction v. O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la “hiérarchie des normes” », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Presses univ. Strasbourg, N°1, 1997, p. 295-324, not. p. 314 s.

³³ « D'une manière générale, le fait capital que le juriste est tenu d'interpréter et de traduire en langage juridique, touchant la nature juridique de l'État, c'est – comme l'a montré Jellinek – son unité », *Contribution*, t. 1, p. 30.

³⁴ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 4^e éd., 1906, p. 4.

Or, à l'adresse d'Esmein, Carré de Malberg écrit :

« Cette façon de raisonner renverse l'ordre naturel des choses. Il n'est pas exact de dire que l'État a besoin d'organes parce qu'il est une personne, mais la vérité est qu'il est une personne en raison de ce qu'il est une collectivité *organisée*. Logiquement, la notion d'organe précède celle d'État »³⁵.

Carré de Malberg revient à plusieurs reprises sur cette idée contre d'éminents représentants de la doctrine française de l'époque. Il y revient d'autant plus souvent qu'elle seule permet de saisir la différence à laquelle lui-même tient entre, par exemple, le représentant et l'organe. Et cette différence est capitale au regard de la théorie de l'État.

Cette distinction procède, initialement, d'un problème très complexe que l'on peut tenter de formuler en termes simples : comment parvenir à l'unité d'action et de volonté d'une collectivité d'individus ou encore, en style métaphysique, comment faire de l'un avec du multiple ? À cette question – sans aucun doute la première de la théorie de l'État parce qu'elle contient toutes les autres –, il existe au moins deux réponses possibles. L'une, fortement imprégnée de métaphysique et qui dominait la pensée médiévale, consiste à dire qu'un tout étant nécessairement supérieur à ses parties, le groupe l'emporte sur l'individu, la communauté sur la singularité : la volonté de cette collectivité est donc affaire de connaissance de ce qui unit chacun au tout³⁶. C'est cette conception qui justifiera longtemps l'existence de la règle de l'unanimité au sein des divers ordres lorsqu'il s'agit de prendre des décisions ou de nommer des dirigeants et l'existence de cette règle manifeste clairement que l'auteur de la décision qui sera prise n'est pas une somme d'individus mais une totalité qui les dépasse, de sorte que, si l'unanimité n'est pas obtenue, la décision n'existe pas. L'autre réponse, plus clairement nominaliste, tend à considérer que cette unité n'est pas affaire de connaissance mais de volonté : la volonté de l'un (ou de quelques-uns) à laquelle se soumettront tous les autres, soit qu'ils y seront contraints, soit qu'ils y seront habitués, soit encore qu'ils l'auront acceptée pour quelque raison. Si la modernité se caractérise par son refus de la métaphysique, cette dernière n'a jamais tout à fait disparu et certains théoriciens de l'État ont continué de défendre une conception de la formation de la volonté des personnes collectives qui lui doit beaucoup. D'où la distinction entre la représentation et l'organe : pour les uns, qui penchent du côté de la métaphysique, si une collectivité a toujours besoin de représentants, il demeure que ces derniers le sont parce qu'ils sont investis d'un mandat, parce que, pour le dire autrement, ils ne sont que des délégués d'une collectivité qui leur préexiste. C'est, par exemple, ce que soutenait Duguit, pour qui les députés étaient des représentants de la nation parce que cette dernière les avait investis d'un mandat par l'intermédiaire de ses

³⁵ *Contribution*, t. 1, p. 62, n.9, souligné par Carré de Malberg. De même, il s'appuie sur ce propos de Jellinek : « L'État ne peut exister que par ses organes ; si, par la pensée, on séparait de lui ses organes, il ne subsisterait pas une personne État, apparaissant tout au moins comme *Träger* [porteur] de ses organes, mais il ne resterait juridiquement que le néant », *Contribution*, t. 2, p. 289.

³⁶ Ce n'est pas le lieu ici de montrer combien la doctrine de Rousseau doit à cette thèse. Il reste que, si comme on ne le sait que trop, la loi est chez lui l'expression de la « volonté » générale, cette volonté est celle d'un corps moral dont l'existence même n'est possible ou pensable qu'à la condition d'avoir préalablement admis une unité des individus comparable à l'unité du monde, du cosmos auraient dit les Grecs : « Il n'y a pas un être dans l'univers qu'on ne puisse, à quelque égard, regarder comme le centre commun de tous les autres, autour duquel ils sont tous ordonnés, en sorte qu'ils sont tous réciproquement fins et moyens les uns relativement aux autres. (...) Ceux qui nient l'unité d'intention qui se manifeste dans les rapports de toutes les parties de ce grand tout ont beau couvrir leur galimatias d'abstractions, de coordinations, de principes généraux, de termes emblématiques ; quoi qu'ils fassent, il m'est impossible de concevoir un système d'êtres si constamment ordonnés que je ne conçoive une intelligence qui l'ordonne (...) Je crois donc que le monde est gouverné par une volonté puissante et sage ; je le vois, ou plutôt le sens, et cela m'importe à savoir », *Profession de foi du vicaire savoyard*, présentation par B. Bernardi, Paris, GF, p. 67-68.

circonscriptions électorales. À l’opposé se tient Carré de Malberg, qui rejette cette thèse en expliquant : « L’erreur de cette construction, proposée d’ailleurs par beaucoup de publicistes, provient de ce que l’on raisonne sur la personnalité de la nation *en se plaçant antérieurement à la constitution de ses organes* »³⁷, comme si la collectivité, ici la nation, pouvait exprimer une volonté, une unité, indépendamment de ses organes. Il rejoint alors une conception, très ancienne, qui a toujours refusé de concevoir les êtres collectifs comme des êtres naturels³⁸. Or, poursuit-il « en réalité, les personnes collectives n’ont point de volonté propre : les décisions prises par l’organe reposent sur un acte de volonté personnelle de celui-ci »³⁹. Et cela change tout : les personnes collectives ne peuvent avoir de volonté que grâce à un artifice parce qu’elles ne sont pas des êtres naturels naturellement dotés de la faculté de vouloir et qui pourraient, le cas échéant, déléguer cette volonté à d’autres.

Mais cette opposition entre représentation et organe traduit également une opposition entre deux conceptions de l’État ou encore deux conceptions du droit. Si en effet l’on conçoit que la collectivité puisse préexister à ses représentants, cela signifie que l’on pense l’État comme une donnée naturelle au même titre que les êtres physiques : parler de la « personnalité » de l’État ce n’est finalement plus désigner une propriété purement juridique mais une essence. Dire ensuite que le droit est la volonté de l’État, revient donc à soutenir que le droit se confond avec le monde des faits et il devient impossible de faire la différence entre ce qui est et ce qui doit être. À l’inverse, refuser de concevoir la volonté des personnes collectives comme une donnée réelle mais ne l’admettre que comme un artifice, c’est quitter le monde des essences pour celui de l’existence : l’État n’est plus une personne de laquelle émanerait une volonté qui s’abattraient telle la force divine sur les hommes mais c’est le nom que l’on donne à un ensemble d’organes ou d’autorités, bref d’individus investis du pouvoir de poser des normes. Si donc, en définitive, on prend Carré de Malberg au sérieux, si l’on admet qu’il propose un analyse logique, l’État cesse d’être une personne dotée d’une volonté qui préexisterait au droit : il n’y a de personne État que parce que l’on reconnaît qu’il y a une « organisation ».

On doit alors revenir sur les premières citations relatives aux doctrines classiques de l’État et qui paraissent si métaphysiques ou du moins contradictoires. Rappelons qu’il soutenait que ces doctrines reposaient sur une confusion entre des éléments de faits et des éléments de droit qui déterminent l’« essence juridique » de l’État. Il ajoutait : « il semble incontestable que ce sont ces éléments de droit qui doivent prédominer dans la définition juridique de l’État » et concluait qu’il n’y a d’unité de l’État que parce qu’il y a une organisation. Or, cela n’implique pas nécessairement, comme on a pu l’envisager dans un premier temps, que Carré de Malberg confonde le fait et le droit mais, au contraire, qu’il cherche à établir entre eux une

³⁷ *Contribution*, t. 2, p. 213 n. 12. Nous soulignons. Remarquons au passage l’allusion aux « nombreux publicistes ».

³⁸ On peut, au moins, remonter à Hobbes et comprendre ainsi le fameux passage du chapitre XVI du *Léviathan* (1651) : « Une multitude d’hommes devient *une seule* personne quand ces hommes sont représentés par un seul homme ou une seule personne, de telle sorte que cela se fasse avec le consentement de chaque individu singulier de cette multitude. Car c’est l’*unité* de celui qui représente, non l’unité du représenté, qui rend *une* la personne. Et c’est celui qui représente qui assume la personnalité, et il n’en assume qu’une seule. On ne saurait concevoir l’unité dans une multitude, sous une autre forme ». Mais cette thèse était déjà contenue en germe dans son traité *De la nature humaine* (1640) où il y définissait ce qu’il entendait par *consentement* : « si les volontés de plusieurs concourent à la même action, l’on nomme *consentement* ce concours de volontés, par où nous ne devons pas entendre une même volonté de plusieurs hommes, car chaque homme a sa volonté particulière, mais plusieurs volontés produisant le même effet » (*De la nature humaine*, chap. XII §7) et par *union* : « Lorsque plusieurs volontés sont renfermées dans la volonté d’une personne ou de plusieurs qui consentent (...) cette conclusion de plusieurs volontés en une ou plusieurs se nomme *union* » (*Ibid.*, chap. XII §8).

³⁹ *Contribution*, t. 2, p. 306.

discrimination forte, comme d'autres entre deux types de questions, celles historiques et celles juridiques. Il ne s'agit pas cependant seulement d'analogie : lorsque Carré de Malberg parle de « fait juridique capital », on ne peut douter que ce fait, explicitement qualifié de « juridique » n'a rien à voir avec un autre type de fait, « historique » celui-là. À cet égard, on ne peut contester que Carré de Malberg ait cherché à distinguer entre deux types de questions :

« (...) à l'origine de l'État, il n'y a de place que pour du fait, et non pour du droit. Tout ce que peut faire le juriste, c'est de constater que l'État se trouve formé à partir du moment où la collectivité nationale, fixée sur un certain territoire, possède, en fait, des organes exprimant sa volonté, établissant son ordre juridique et imposant supérieurement sa puissance de commandement. Quant à rechercher par quel processus juridique ces organes primitifs ont été constitués, non seulement ce n'est pas là le problème capital de la science du droit public, mais ce n'est pas même pas du tout un problème juridique. La doctrine qui prétend, en remontant le cours successif des Constitutions, finir par découvrir la source juridique de l'État, repose sur une erreur complète. La source de l'État, c'est du fait : à ce fait se rattache ultérieurement le droit »⁴⁰

En affirmant que la source de l'État est un pur fait, Carré de Malberg se refuse à chercher un « fondement » juridique à l'État et prend ce dernier pour ce qu'il est : le résultat d'une organisation. Pour autant, cela ne revient pas à dire que l'État « est » un fait. Ce sont bien deux questions qu'il faut distinguer : la source de l'État d'un côté, sa « nature juridique » de l'autre : « s'il n'existe pas de droit antérieur à l'État, en sens inverse, il est de l'essence même de l'État une fois né de posséder un ordre juridique, et notamment un ordre juridique destiné à régler éventuellement la réfection de son organisation »⁴¹. Dans ces conditions, Carré de Malberg échappe aux critiques des réalistes scandinaves, mieux, il défend la même thèse. En effet, lorsque Olivecrona par exemple se demande « ce qu'est l'État », il ne répond pas autre chose : « l'État n'est pas une entité supra humaine. Le mot est utilisé pour désigner une organisation d'un genre spécifique »⁴² à savoir qu'elle dispose d'un territoire et du monopole de la force sur ce territoire. Alf Ross, de son côté, se méfiera toujours d'une telle question, en refusant une formulation en termes d'essence : fidèle à sa démarche empiriste, il se demandera non ce qu'« est » l'État mais, admettant que l'État « n'est » rien, ce que l'on a l'habitude de désigner par ce nom. Et que trouve-t-il, sinon que justement ce que l'on désigne habituellement de ce nom ce sont des actes réalisés par des individus qui agissent comme « organes » de l'État, c'est-à-dire que l'on impute à cette entité les actes de ces individus. Au fond, ce qui rapproche Carré de Malberg des réalistes tient dans ce qu'il refuse, comme l'on sait, de considérer l'État comme un système de normes pour le voir comme « un systèmes d'organes », c'est-à-dire, comme « la résultante d'une organisation par l'effet unifiant de laquelle la collectivité de ses membres se trouve ramenée à l'unité »⁴³.

⁴⁰ *Contribution*, t. 2, p. 492 ; v. aussi, *Ibid.*, t. 1, p. 62 : « la naissance de l'État n'est pour la science juridique qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique » ; v. encore : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, p. 167 : « à l'origine, l'organisation étatique a été de fait avant de devenir de droit ».

⁴¹ *Contribution*, t. 2, p. 493.

⁴² K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 271 (notre traduction).

⁴³ *Confrontation*, *op. cit.*, p. 167. Reconnaissons qu'en matière de style Carré de Malberg n'a parfois rien à envier à la doctrine allemande...

Et pourtant, il est encore un dernier point qui semble infirmer cette lecture réaliste de Carré de Malberg : ce dernier n'a jamais fait mystère d'une définition impérativiste du droit dans laquelle, ce qui domine, est bel et bien l'idée que le droit est produit par l'État et uniquement par lui : « le droit au sens propre du mot, n'est pas autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible »⁴⁴, ce qui revient à dire, logiquement parlant, que c'est bien l'État qui pose le droit. Il enfoncera le clou une dernière fois : « les règles de droit n'ont commencé à être créées qu'à la suite de cette organisation primitive d'où allait descendre tout l'ordre juridique ultérieur. C'est ce qui a fait dire que le droit, au sens positif du terme, présuppose l'État et l'organisation étatique »⁴⁵. De leur côté, les réalistes ne soutiennent évidemment pas une telle position. Non qu'ils défendent l'inverse, ce serait mal les comprendre, mais parce qu'ils ont très tôt reconnu la relation de réciprocité qu'entretiennent le droit et l'État. S'il est, selon eux, incontestable que le droit d'un État moderne se définit par sa relation à l'État, il est tout aussi évident que ce n'est pas l'État qui pose le droit (comme on l'aurait dit, à l'époque, d'un père de famille pour les règles qui gouvernent son foyer), il le présuppose : l'organisation qu'est l'État ne peut exister indépendamment du droit et de son observation⁴⁶. Doit-on se résoudre à jeter l'éponge avec laquelle on a tenté de gommer de si aveuglantes différences ? Qu'il nous soit encore permis une distinction entre les deux présupposés : en effet, tandis que le présupposé dont parlent les réalistes est d'ordre historique, celui dont parle Carré de Malberg est d'ordre juridique. Si nul ne peut contester que l'État moderne s'est fondé sur le droit – au point justement d'en obtenir le monopole –, on ne peut logiquement contester que le droit positif ne puisse se définir autrement que par l'hypothèse de l'État, c'est-à-dire d'une organisation caractérisée par l'unité. Même les réalistes scandinaves sont contraints de le reconnaître : les énoncés prescriptifs qu'ils retiennent dans leur définition du droit présupposent, pour leur existence même, c'est-à-dire leur validité, celle de l'État.

Cela étant, même si l'on nous concédait ce point, on devrait reconnaître une différence de taille entre le concept de « droit » de Carré de Malberg et celui de ses critiques réalistes. On ne peut en effet nier que la réfutation de la position positiviste-étatiste à laquelle ces derniers s'emploient cherche à atteindre, par-dessus tout, l'idée qu'ils tiennent pour naïve d'un droit qui serait un ensemble de commandements émanant du souverain, un ensemble de déclarations de volonté comme si la seule volonté d'un homme portant le titre de souverain pouvait à elle seule emporter la soumission des individus. On sait combien la thèse d'Olivecrona relative aux « commandements autonomes » (« *independent imperatives* ») et celle de Ross relative aux « directives » doivent à cette critique de la « *will-theory* »⁴⁷ : la loi, par elle-même, n'est pas obligatoire et ne l'est pas davantage en vertu de la volonté du souverain, elle ne l'est pas non plus parce qu'elle serait imputable à l'État ou exprimerait la puissance de ses organes, comme s'évertue à l'expliquer Carré de Malberg. Pour eux, la loi n'est « obligatoire » qu'en vertu de facteurs psychologiques qui créent des croyances et des habitudes de comportement chez les individus. D'où l'exemple fort bien trouvé du feu rouge chez Olivecrona : soit un feu de circulation dans un fossé, aucun automobiliste ne pensera à

⁴⁴ *Contribution*, t. 2, p. 490.

⁴⁵ *Confrontation*, *Eod. Loc.*

⁴⁶ « But the State does not exist independently of the law. It presupposes the law : without law and law observance there is no State », *Ibid* ; v. A. Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 56-58.

⁴⁷ Ainsi qu'à la théorie des normes sur la production de normes et que Hart a appelé « normes secondaires ». On nous pardonnera de ne pas développer ce point pour le moins essentiel car dans sa définition du droit Carré de Malberg ne prend manifestement pas la mesure de ces règles de changement que les réalistes avaient perçues bien plus tôt.

s'arrêter ni même ne se demandera si ce feu a une « signification juridique ». Le même feu installé à un carrefour et justement allumé au rouge conduira maints automobilistes à s'arrêter et ce, alors même qu'aucun piéton ne s'apprête à traverser.

À cet égard, la force de subversion et l'originalité de la doctrine réaliste n'est pas sans rappeler ce que David Hume lui-même expliquait dans son essai sur le contrat originel : on aurait tort de fonder l'obligation d'allégeance envers le souverain originel sur une quelconque obligation absolue de tenir nos promesses souscrite dans un contrat également originel car, si l'on se demande en vertu de quoi nous sommes tenus à tenir nos promesses, il n'y aura d'autre réponse que celle circulaire selon laquelle nous devons allégeance à notre souverain. Or, répondait Hume, pour échapper à la circularité, la seule réponse possible à la question de savoir pourquoi nous devons tenir nos promesses est que cela est utile à la société. D'où il suit que notre devoir d'allégeance au souverain n'est fondé sur rien d'autre que notre sentiment que c'est utile à la société : « L'obligation d'allégeance ayant même force et même autorité que l'obligation de fidélité, nous ne gagnons rien à ramener l'une à l'autre. Les intérêts ou besoins généraux de la société suffisent à les établir toutes deux. Si l'on demande la raison de cette obéissance que nous sommes tenus d'observer envers le gouvernement, je réponds sans ambages que *c'est parce que la société ne pourrait subsister sans cela* ; et cette réponse est claire et intelligible pour tout le monde. Votre réponse est : *c'est parce que nous devons tenir parole*. Mais outre le fait que personne, à moins qu'il n'ait été formé à un système philosophique, ne peut ni comprendre ni goûter cette réponse, outre ce fait, dis-je, vous serez vous-même bien embarrassé si l'on demande : *pourquoi sommes-nous tenus à tenir parole* ? Car vous ne pourriez fournir d'autre réponse que celle qui eût immédiatement et sans détour rendu compte de notre devoir d'allégeance »⁴⁸. On notera que, de ce point de vue, Hume apparaît plus moderne encore que les réalistes scandinaves car il prenait grand soin de distinguer entre deux types de devoirs moraux⁴⁹ qui ne sont pas si éloignés que cela des facteurs psychologiques fort prisés de Hägerström, Lundstet ou Olivecrona⁵⁰ – Ross, quant à lui, a toujours pris ses distances vis-à-vis d'un tel psychologisme. Et reconnaissons que ce n'est pas le moindre des mérites des réalistes scandinaves que de nous permettre de comprendre que ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler la « normativité » n'est rien sinon une histoire mentale que les hommes se racontent et à laquelle ils finissent par croire⁵¹.

On touche là encore à une autre différence radicale qui sépare définitivement Carré de Malberg des réalistes et qui tient à l'idée qu'ils se faisaient de la science du droit. Tandis que, selon eux, cette dernière devait prendre place parmi toutes les autres sciences sociales, selon

⁴⁸ D. Hume, « Du contrat originel » [1752], in *Discours politiques*, trad. fçse F. Grandjean, Mauvezin, TER, 1993, p. 188-208, not. p. 201-203. (Les italiques sont de Hume).

⁴⁹ « L'ensemble des devoirs moraux peut être divisé en deux espèces. À la première appartiennent ceux auxquels les hommes sont poussés par un instinct naturel ou un penchant immédiat, qui agit sur eux indépendamment de toute idée d'obligation et de toute considération d'utilité publique ou privée. De ce genre sont l'amour des enfants, la gratitude envers les bienfaiteurs, la pitié pour les malheureux. (...) Les devoirs moraux de la deuxième espèce sont ceux qui ne sont soutenus par aucun instinct naturel originaire *et dont on s'acquitte uniquement par un sentiment d'obligation, qui apparaît lorsque nous considérons les nécessités de la société humaine et l'impossibilité qu'elle se maintienne si ces devoirs étaient négligés* », *Ibid.*, p. 201. (Je souligne).

⁵⁰ Et que l'on peut rapprocher, avec Pattaro, de l'influence de Meinong : E. Pattaro, *Axel Hägerström, op. cit.*

⁵¹ Sur le caractère purement mental du devoir et le caractère contradictoire de la connaissance pratique, v. A. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zuglich Prolegomena zu einer kritik der Rechtswissenschaft*, Leipzig, Felix Meiner, 1933 ; Bobbio a rendu compte de ce livre en son temps et de façon assez critique : *Giornale critico della filosofia italiana*, XVIII, 1937, n°1, p. 73-75 (désormais disponible sur l'Internet : www.erasmo.it/bobbio/immagini.asp – je ne remercie jamais assez Éric Maulin pour cette adresse), repris in A. Tarantino (dir.), *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross. Atti delle giornate di studio su Alf Ross*, (Lecce 14-15 maggio 1981), Milan, Giuffrè, 1984, p. 257-260.

Carré de Malberg – comme Kelsen à cet égard, mais sans même l'intérêt que ce dernier a éprouvé pour les recherches freudiennes⁵² – cette science du droit devait demeurer spécifique ce qui l'a conduit à se recroqueviller sur les données du droit positif français soit, en forçant à peine le trait, la Constitution de 1791 et celle de 1875.

Pierre Brunet

⁵² V. H. Kelsen, « Gott und Staat », *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, Bd. 11, 1922-1923, p. 261-284, trad. ital. A. Carrino, « Dio e Stato » in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Naples, ESI, 1988, p. 135-164 et « Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse », in *Almanach für das Jahr 1927, Internationaler Psychoanalytischer Verlag*, Wien, 1927, p. 135-141, trad. ital. A. Carrino, in *Ibid.*, p. 167-173.