

Massimo La Torre\*

## Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart

Le droit est traditionnellement lié à la pratique du commandement et de la hiérarchie. Il semble qu'une règle juridique établisse une immédiate relation entre une norme supérieure et une norme inférieure. La conception hiérarchique et impérative peut néanmoins être remise en cause dès lors que la phénoménologie de la règle juridique est appréhendée d'un point de vue interne, celui de ceux que l'on peut considérer comme les « utilisateurs » de la règle plutôt que ceux qui la subissent. Une approche tournée vers la pratique pourrait, de cette façon, conduire à une théorie du droit plus ouverte et, d'une certaine façon, moins idéologique ou sectaire. C'est - comme le défend cet article - le programme ou mieux la promesse que l'on trouve dans l'ouvrage principal de Hart, le *Concept de droit*. Cet article tente de rendre cette promesse plus transparente sans toutefois dissimuler les difficultés de sa stratégie narrative et argumentative.

**Mots-clés :** droit international, règles de droit, règle de reconnaissance, impérativisme, normativisme, réalisme, point de vue interne

Concevoir le droit selon un modèle hiérarchique signifie d'abord mettre au centre de l'expérience juridique le fait de commander, c'est-à-dire le pouvoir d'un supérieur sur un inférieur. Il y a une seconde possibilité : celle qui voit le droit comme l'expression d'une fracture sociale entre une classe investie de l'autorité de faire et de dire le droit et une classe dont la vocation est bien plus humble et est seulement d'obéir ou d'être le destinataire du droit ainsi créé. Enfin, une dernière possibilité est de concevoir le droit comme une structure de plusieurs niveaux, de plusieurs entités, généralement des *règles*, hiérarchiquement organisées, de sorte qu'un niveau tire sa raison d'être ou sa légitimité ou sa validité d'un niveau supérieur. Ces trois possibilités ne sont pas toujours présentes au sein d'une seule théorie, bien qu'elles ne soient pas incompatibles entre elles.

Dans ce papier, je souhaite m'attaquer à la question du modèle hiérarchique dans le droit en partant de la philosophie juridique de H.L.A. Hart. Hart - nul ne l'a oublié - a été et demeure l'un des théoriciens du droit les plus influents de notre temps et ses conceptions ont imprégné de nombreuses doctrines actuelles de la pratique et du raisonnement juridique. Mon exposé consistera en

\* mlatorre@unicz.it | Professeur de philosophie du droit, Université «Magna Graecia» de Catanzaro (Italie).

une présentation et une discussion centrées sur le concept de droit de Hart et les relations qu'il entretient avec le modèle hiérarchique. Je le conçois également comme une appréciation critique plus générale de la fécondité d'une telle approche particulièrement en droit international.

Cependant, avant d'aller plus loin, il faut garder deux points à l'esprit, afin de comprendre le sens et la pertinence d'un débat sur le concept de droit qui est la fonction spécifique de la théorie du droit et de la philosophie juridique. Une discussion relative au concept de droit n'est pas qu'une question de théorie ou une dissertation purement philosophique dépourvue d'effets pratiques. Le droit n'est pas un objet empirique, une chose physique ou naturelle. C'est plutôt une pratique humaine régie et rendue possible par des normes, des principes, des valeurs, des attitudes, des idées. Bref, le droit est *ce qu'on croit qu'il est et ce qu'on pratique en tant que droit*.

Cela signifie que le droit est un concept ou, mieux, *le droit est le concept de droit que nous adoptons et suivons dans nos comportements*. Dès lors, ce que nous acceptons comme le concept de droit a un impact important et même déterminant sur le droit « brut », le droit en action, en pratique. Puisque le droit est strictement, logiquement, lié à notre concept de droit, au concept de droit de la société, le droit lui-même est affaire de discussion et de controverses. Mais la discussion et la controverse sur le droit et ses objets sont précisément du domaine de la théorie du droit et de la philosophie juridique. L'adoption de l'un ou de l'autre concept de droit a une répercussion immédiate sur les faits du droit.

L'autre point que je voudrais préalablement mettre en évidence est le suivant. Le droit est un concept ambigu et une pratique ambiguë. Il est imprégné d'ambiguïté. Il est d'un côté lié à la violence, la force, l'autorité, le pouvoir, l'effectivité, la facticité, l'efficacité, la hiérarchie. De l'autre, cependant, il est fortement lié à la justice et à la morale, c'est-à-dire d'une certaine manière à l'autonomie. On rencontre parfois le droit, on l'affronte sous la forme d'une peine, une prison, un échafaud, une chaise électrique : là, le droit se confond alors vraiment avec la l'exercice de la contrainte et de la violence.

Mais le droit n'est pas seulement contrainte et violence. Il y a, dans le droit, une prétention à l'exactitude et à la justice. Le droit est là non pas seulement dans son droit et en son nom mais - pourrait-on dire - au nom d'une organisation équitable des relations humaines et sociales. Il y a - pour ainsi dire - un élément utopique dans le droit, un état idéal de pratiques sociales, qui lui donne son sens et sa justification. Le droit dans ces conditions n'est pas seulement la force mais plutôt la force légitime. Il est fondé sur la légitimité et a besoin d'efficacité malgré tout.

Dès lors, l'histoire du concept et de la pratique du droit est celle des voies empruntées, des stratégies mises en œuvre pour s'arranger de ces ambiguïtés et de ces tensions, l'histoire aussi de leur résolution. Par exemple, si on pense

à l'image ordinaire qu'ont les gens des avocats, on se trouve confronté une fois de plus à cette ambiguïté, à cette duplicité. D'un côté, un avocat est vu comme un pinailleur, un margoulin qui cherche par tous les moyens à vider les poches de ses clients, quelqu'un dont le seul but est de rendre obscures les interprétations du droit, de les tordre dans son intérêt personnel ou dans le meilleur des cas dans celui de son client. C'est le genre d'avocats qui inspirent à Shakespeare l'exclamation « Tuons tous les avocats » dans *Henry VI*, Acte II. Pour illustrer ce point, permettez-moi de lire un extrait du livre de Mary Wollstonecraft,<sup>1</sup> *Un court séjour en Suède, Norvège et Danemark* :

Ma tête tournait, j'avais la nausée à mesure que je considérais les figures déformées par le vice et écoutais les comptes-rendus de ces chicaneries qui embrouillaient sans cesse le profane. Ces sangsues disparaîtront probablement à mesure que le peuple s'éclairera /.../ La pratique du droit rend une poignée d'hommes encore plus rusés et plus égoïstes que le reste des individus ; et ce sont ces hommes, dont les esprits ont été aiguisés par la friponnerie, qui sapent ici la moralité, confondant le bien et le mal.

Mais l'avocat n'est pas seulement le pinailleur au visage déformé par le vice dont parle Mary Wollstonecraft, il est aussi le champion des droits de l'homme, le défenseur de celui injustement accusé. Les monarchies absolutistes, les États dictatoriaux ou totalitaires méprisent profondément les avocats et les juristes qu'ils considèrent souvent comme des facteurs de subversion. D'autres, au contraire, voient les avocats comme tenant un rôle éthique spécifique. Écoutons ce qu'un grand philosophe du droit, l'Américain Lon Fuller pense de la profession d'avocat :

la meilleure définition que j'aie jamais entendu d'un avocat est celle que me donna la fille d'un de mes amis. L'enfant d'un voisin lui avait demandé ce que faisait son père. Elle lui répondit :

- Il est avocat.
- Qu'est-ce qu'un avocat ?
- Un avocat est un homme qui aide les gens.<sup>2</sup>

Selon Fuller, l'activité de l'avocat n'est pas purement utilitaire, elle n'est pas nécessairement ou conceptuellement tournée vers la réussite et les intérêts de ses clients. Elle est plutôt tournée vers la bonne administration de la justice :

<sup>1</sup> Mary Wollstonecraft (1759-1797), autodidacte liée à William Godwin et Thomas Paine, fut un auteur engagé dans les grands combats de son époque et l'une des pionnières du féminisme par sa *Défense des Droits de la femme* (1792). La Révolution française fut d'abord pour elle la consécration de la raison et le triomphe des droits de l'homme. Cet enthousiasme, rare en Angleterre, se traduisit par la publication entre 1790 et 1798 d'une série de textes de défense de la Révolution, notamment en réponse aux attaques de Burke. Son traité le plus ambitieux, *Vision historique et morale de l'origine et des progrès de la Révolution en France et des effets quelle a produits en Europe* (1794), propose de concilier idéaux et réalité en retraçant, en historienne, les débuts de la Révolution française. (NdT)

<sup>2</sup> Winston (2001 : 275-276)

En défendant des affaires devant les tribunaux, l'avocat verra son travail, non comme relevant de la seule persuasion ou de la manipulation facile de la doctrine juridique, mais comme l'un de ceux visant à convaincre le tribunal que c'est la compréhension pleine et entière d'une affaire qui seule pourra lui permettre de prendre une décision sage et conséquente.<sup>3</sup>

Les deux visions opposées quant à ce qu'est réellement un avocat sont fondées sur des conceptions opposées du concept de droit. Pour l'une, le droit est une chose principalement destinée à « l'homme mauvais » ; pour l'autre, le droit s'adresse à « l'homme inquiet » pour parler comme Hart, un être qui se demande « que dois-je faire ? » et cherche les critères d'une bonne conduite.

Un autre domaine dans lequel l'ambiguïté du droit et sa tension intrinsèque se rencontrent pleinement et de façon spectaculaire est celui des relations internationales, c'est-à-dire du droit international. Existe-t-il un droit international réellement obligatoire pour ses sujets, les États, et susceptible de s'imposer au droit national ? John Bolton, par exemple, sous-secrétaire d'État dans l'administration Bush, conteste l'existence d'un tel droit tandis que Kofi Annan semble défendre la thèse inverse. Mais quelle qu'elle soit, la thèse adoptée dépend de la théorie du droit à laquelle on adhère et de l'idée qu'on se fait du droit.

Notons, si vous le voulez bien, que le problème qu'on rencontre avec le droit international se retrouve en droit constitutionnel sous la forme suivante : « Existe-t-il un droit constitutionnel susceptible de lier le gouvernement et l'administration ? », ce qui est une question particulièrement épineuse lorsqu'on conçoit le droit comme une hiérarchie de commandements en chaîne. Encore une fois, notre réponse à une telle question dépendra de notre conception de droit et de notre position théorique.

Revenons maintenant à Hart, dont la doctrine est aujourd'hui mon principal sujet d'intérêt. Afin de mieux comprendre l'entreprise théorique de Hart, elle doit être conçue - me semble-t-il - comme une réaction ou une réponse aux quatre grandes doctrines relatives au concept de droit. Ces dernières sont : (i) l'impérativisme ; (ii) le réalisme ; (iii) le formalisme (fort bien incarné par la théorie prétendument « pure » du droit de Kelsen) ; (iv) le jusnaturalisme.

(i) *L'impérativisme* est une conception selon laquelle le droit est un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction, d'un mal quelconque, et qui émane d'une autorité politique supérieure détentrice de la pleine souveraineté. Vous vous souvenez peut-être que c'est la doctrine défendue par Jeremy Bentham et John Austin et par toute la tradition de ce que l'on a coutume d'appeler la « théorie analytique » du droit britannique. Dans une telle perspective, la pratique du droit est appréhendée en termes radicalement hiérarchiques mais non comme une hiérarchie de règles. En fait, l'impérativisme se heurte à de nombreux problèmes dès lors qu'il admet la catégorie des règles comme

3 Winston (2001 : 313)

quelque chose de distinct de la prescription concrète des autorités (supérieures) et des habitudes des sujets (inférieurs).

(ii) Le *réalisme* est un composé complexe de doctrines diverses. Il y a au moins, comme l'on sait, un réalisme américain et un autre scandinave, les deux défendant des conceptions différentes. Cependant, Hart entend répondre au défi tel qu'il est posé principalement par les réalistes américains, bien que sa présentation et son interprétation de l'obligation juridique en termes non pas de sentiments de contrainte mais seulement d'application d'une règle soit probablement dirigée contre les écrits de Hägerstrom et Olivecrona.

Comme l'on sait, la thèse fondamentale défendue par la branche américaine du réalisme est la suivante. Le droit n'est rien d'autre qu'une prédiction sur la conduite future des juges. Le droit ne consiste pas en des règles mais plutôt en des décisions de justice ou, en d'autres termes, le droit est ce que font les juges. Le droit n'est pas dans les livres mais dans l'action. Selon cette conception, la pratique juridique s'articule autour de la figure du juge et, en un sens, elle s'avère n'être pas une expérience aussi intrinsèquement hiérarchique puisque le juge est vu ici comme une structure sociale diffuse et en quelque sorte informelle. En aucun cas, toutefois, on ne pourrait parler du droit comme d'une hiérarchie de règles en termes logiques, puisque c'est la vie, l'action et non la logique ou les formalités qui régissent la pratique juridique. Il peut bien y avoir une hiérarchie de règles dans les livres, cependant, de telles formalisations ne servent à rien une fois que l'on est devant le juge.

(iii) Le *formalisme juridique* affirme que le droit est un ensemble de règles. Les règles sont ici vues comme des entités sémantiques, des propositions, des *Urteile*, comme Kelsen les appelle en allemand, suivant la terminologie kantienne. Selon Kelsen, comme l'on sait, une règle a la forme d'un jugement hypothétique « si A, alors B » où A est la conduite contraire à celle promise et désirée et B est la prescription d'une sanction. Selon Kelsen, en outre, les règles sont structurées selon un ordre hiérarchique. Le droit est pour lui une sorte de pyramide comportant différents niveaux, chaque norme occupant un niveau différent et dans laquelle les normes se trouvant au niveau le plus bas tirent leur validité des normes se trouvant au niveau le plus haut. Au sommet de la pyramide il y a une règle spéciale, la *Grundnorm* en allemand, une règle fondatrice, qui est la norme fondamentale donnant sa validité à la totalité du système. Nous connaissons tous bien cette doctrine.

Le principal problème que rencontre Kelsen est d'éviter le sophisme de la régression à l'infini qui est un risque fréquent pour le formalisme juridique. Le formalisme juridique, variante du positivisme, admet deux sortes de normes : (a) celles qui ordonnent, interdisent, permettent une conduite ; et (b) celles qui prescrivent une sanction au cas où la première norme n'est pas suivie. Dans une telle conception, toutefois, le caractère juridique des normes dérive de la pres-

cription d'une sanction. Mais si c'est le cas, une norme ordonnant une sanction nécessite, pour être juridique, d'être fondée sur une autre norme prescrivant une sanction, et cette dernière ne sera à son tour juridique que s'il existe une nouvelle norme servant de fondement à la première à travers la sanction, et cela à l'infini. Afin d'éviter cette régression à l'infini, Kelsen conçoit la norme comme constituée de deux parties : l'une qui décrit hypothétiquement un état de choses, l'autre qui est la prescription d'une sanction. Il n'y a alors plus deux normes : l'une prescrivant une conduite, l'autre ordonnant une sanction, mais il n'y en a plus qu'une, celle qui prescrit une sanction pour les cas où intervient un certain état de fait. Pour Kelsen, donc, la validité juridique n'est pas le résultat d'une norme prescrivant une sanction mais d'une norme donnée à un niveau hiérarchique plus haut dans la structure pyramidale.

Toutefois, ici encore, il y a un risque de régression à l'infini puisqu'il faut chercher une norme toujours plus haute, une norme supérieure à celle qu'on tient pour juridiquement valide. C'est la raison pour laquelle, selon Kelsen, la *Grundnorm*, la norme fondamentale, n'est pas une vraie norme positive. La *Grundnorm* est plutôt un présupposé épistémologique, un présupposé logico-transcendant en termes kantien, dont le but est de permettre aux juristes de concevoir les règles positives comme juridiquement valides. Tout cela est bien connu, et c'est le modèle typique auquel on pense quand on lie l'idée de droit à celle de hiérarchie de normes.

(iv) Enfin, le *jusnaturalisme* constitue le quatrième grand courant de la théorie du droit. Le *jusnaturalisme* a une très longue histoire et a été, si l'on peut dire, mis à toutes les sauces. On peut cependant trouver un plus petit dénominateur commun. Selon les théories du *jusnaturalisme*, la validité juridique d'une règle dépend principalement de son contenu substantiel et de sa conformité à la morale, et cette moralité peut être découverte par un acte de connaissance. Autrement dit, pour le *jusnaturalisme*, le « devoir être » du droit peut et doit être inféré de l'« être » d'un monde moral ou d'une substance ou d'un principe auquel la connaissance humaine peut accéder. Cela signifie que le *jusnaturalisme* (a) ou bien coïncide avec - ou équivaut à - la morale (b) ou bien est intimement lié à la morale d'un point de vue conceptuel. Droit et morale ne sont pas deux domaines distincts. Ils sont intrinsèquement liés. Une telle conception est généralement peu intéressée par la question de savoir ce que le droit « est » mais davantage par celle de savoir ce que le droit « doit être ». Ou, autrement dit, le *jusnaturalisme* est par-dessus tout une théorie de la justification du droit généralement fort peu soucieuse de fournir une ontologie du droit. Son obsession est que le droit soit appliqué conformément à des exigences morales substantielles ; savoir ce qu'est la structure ou l'institution juridique, ou encore savoir comment cette structure s'articule apparaît aux yeux des *jusnaturalistes* ne constituer qu'un problème contingent et susceptible de trouver des solutions

différentes et variées. Cependant, traditionnellement, le jusnaturalisme est lié à l'impérativisme, dans la mesure où, en même temps que le jusnaturalisme fixe le critère substantiel supérieur pour le contenu des règles, ces mêmes règles sont très souvent pensées comme le commandement émanant d'un souverain obligé de suivre les prescriptions du droit naturel. On peut donc conclure de façon plausible que le jusnaturalisme défend une conception hiérarchique du droit dans la mesure où l'élément fondamental de la pratique juridique est le commandement et où, à la fois, le droit est ordonné hiérarchiquement de sorte que le droit positif se trouve dans une position inférieure et est subordonné au droit naturel.

Herbert Hart, quant à lui, conteste ces quatre doctrines. (i) Contre l'impérativisme, celui de la théorie analytique du droit de John Austin, c'est-à-dire la théorie qui voit le droit comme un ensemble d'ordres appuyés de la menace d'une sanction et émanant d'une autorité politique supérieure, il formule quatre objections principales. (a) « Il est certain, écrit-il, que toutes les règles de droit n'ordonnent pas aux gens de faire ou de ne pas faire quelque chose ». <sup>4</sup> Il existe par exemple des lois qui confèrent aux simples particuliers le pouvoir de faire des testaments, de conclure des contrats ou des mariages, qui leur offrent des facilités. (b) « Il est certain - et c'est la seconde objection - que toutes les règles de droit ne font pas l'objet d'un acte de promulgation et qu'elles ne sont pas toutes l'expression de la volonté de quelqu'un » comme le sont les ordres généraux [dont se compose le modèle d'Austin]. <sup>5</sup> La coutume, par exemple, bien qu'occupant une place modeste dans les systèmes juridiques les plus modernes, ne peut pas être conçue comme un commandement. Un commandement est imputable à une personne, la coutume ne l'est pas ; un commandement est un acte intentionnel, la coutume ne l'est pas. Un commandement est une action délibérée, voulue ; une coutume n'est pas un acte voulu : c'est plutôt un acte subi. (c) « Il est certain que - c'est la troisième objection - même quand elles consistent en des lois ayant fait l'objet d'une délibération, les règles de droit ne constituent pas nécessairement des ordres exclusivement adressés à autrui ». <sup>6</sup> Par exemple, « l'acte de légiférer / . / peut parfaitement bien posséder cette force d'obliger ses auteurs. Il n'y a, en l'activité du législateur, rien qui essentiellement ne concerne qu'autrui ». <sup>7</sup> Il y a une étroite analogie entre une promesse - par laquelle nous nous obligeons nous-mêmes à adopter un certain comportement - et une disposition législative - qui s'applique généralement à tous les citoyens (législateurs inclus). (d) « Enfin - quatrième objection - les lois doivent-elles, pour être des règles de droit, exprimer réellement les véritables désirs, intentions ou

<sup>4</sup> Hart (2005 : 45).

<sup>5</sup> Hart (2005 : 45).

<sup>6</sup> Hart (2005 : 45).

<sup>7</sup> Hart (2005 : 61).

souhaits d'un législateur ? ». Dès l'instant que toute législation, par exemple, émane de corps collectifs complexes, doit-on reconnaître à chaque corps la capacité d'exprimer des émotions, des désirs et des intentions ? « un acte législatif régulièrement adopté ne constituerait-il pas du droit si /.../ ceux qui l'ont voté n'en connaissaient pas la signification ? ».<sup>8</sup>

Jusqu'à maintenant, j'ai dit que le concept de droit de Hart pouvait être compris comme une réaction aux quatre grandes théories du droit : l'impérativisme, le formalisme, le réalisme et le jusnaturalisme. J'ai aussi expliqué en quoi consistaient ces quatre doctrines et quelles relations elles entretiennent avec le modèle hiérarchique de la pratique juridique. Et j'ai également présenté la ligne d'attaque de Hart contre l'impérativisme qu'il développe à l'aide de quatre objections.

Je souhaite désormais continuer en illustrant la réponse que Hart adresse aux trois autres doctrines, le formalisme, le réalisme et le jusnaturalisme. Pour cela, je souhaite présenter les principes de la philosophie du droit de Hart que je tiens pour essentiels. Ils sont, me semble-t-il, au nombre de six : (i) le *normativisme*, c'est-à-dire, le caractère central de la notion de norme ou de règle en droit ; (ii) le *caractère central du point de vue interne* au regard des règles et de la pratique juridique ; (iii) la *distinction entre les règles primaires et secondaires* et la priorité tant pratique que conceptuelle accordée aux secondes par rapport aux premières ; (iv) ce que l'on appelle la *thèse sociale* et la règle de reconnaissance ; (v) un *scepticisme modéré à l'égard des règles* du moins en ce qui concerne le raisonnement judiciaire ; (vi) une *méta-éthique non cognitiviste*.

(i) Permettez-moi d'expliquer ces termes l'un après l'autre. Commençons par « normativisme ». Pour comprendre ce terme, on doit se référer à un exemple que Hart donne au chapitre quatre du *Concept de droit*. Il y propose de reconstruire conceptuellement une société selon le modèle proposé par l'impérativisme. Imaginons une communauté dans laquelle un souverain adresse des ordres à la population et où la population a l'habitude d'obéir à ses ordres. Hart appelle ce souverain Rex.

Puis survient le jour funeste de la mort de Rex où lui succède Rex II. Ce dernier commence, comme son prédécesseur par adresser des ordres et à affirmer que ceux-ci constituent le droit de la communauté. Pourtant, le gouvernement de Rex II est trop récent pour qu'on puisse considérer qu'il y a, dans la société, une habitude d'obéir à ses commandements. Et puisqu'une telle habitude est la condition qu'exige l'impérativisme pour identifier une règle comme juridique, on devrait conclure que sous le règne de Rex II, ou du moins à ses débuts, il n'y a pas de droit. Or, une telle conclusion est difficilement défendable si l'on veut rendre compte du caractère permanent du droit.

<sup>8</sup> Hart (2005 : 45).

Si on devait abandonner l'idée que le droit est plus ou moins permanent, on le priverait d'une de ses principales fonctions, celle d'organiser et de stabiliser une société. Dès lors, le modèle impérativiste simple d'une société dirigée par Rex et qui serait hautement hiérarchisée est voué à l'échec. Pour expliquer la stabilité et la permanence du droit, on doit introduire un nouveau concept : celui de règle ou de norme. Ainsi, a-t-on besoin de fonder la stabilité du système juridique non pas tant sur les habitudes que sur les règles. Mais quelle est la différence entre une habitude d'un côté et une règle de l'autre ? Il y a au moins trois traits qui permettent de les distinguer.

(1) « En premier lieu, pour que le groupe ait une habitude, il suffit que les comportements de ses membres convergent en fait. Il n'est pas nécessaire que les déviations par rapport au comportement régulier fassent l'objet d'une forme quelconque de critique ».<sup>9</sup> Lorsque des règles existent en revanche, une déviation par rapport au comportement régulier est considérée comme une faute.

(2) « En deuxième lieu, lorsque de telles règles existent, toute déviation par rapport à la norme ne donne pas seulement lieu en fait à cette critique, mais elle est aussi considérée comme une *bonne raison* de développer cette critique ».<sup>10</sup> Les règles sont de bons arguments dans un discours de justification ; les habitudes sont de bons arguments dans un discours (causal) d'explication. Les règles sont de bonnes raisons pour l'action ; les habitudes sont des causes ou des motifs de conduite. Tandis qu'une raison permet une réflexion critique à l'égard d'une suite d'actions, une cause ou un motif ne le fait pas.

(3) Le troisième trait qui distingue les règles sociales des habitudes est /.../ un trait que nous appellerons l'*aspect interne* des règles. Lorsqu'une habitude est générale dans un groupe social, cette généralité n'est qu'un fait relatif au comportement observable de la plupart des membres de ce groupe. Afin qu'une telle habitude puisse s'établir, il n'est nullement nécessaire que les membres du groupe soient attentifs à la généralité du comportement, ni même qu'ils sachent que ce comportement est général, ni encore moins, qu'il s'efforcent de l'enseigner ou qu'ils cherchent à le maintenir. Il suffit que chacun agisse pour sa part de la manière dont les autres agissent également. Au contraire, pour qu'une règle sociale existe, il faut qu'au moins certains d'entre eux considèrent le comportement en question comme un modèle général que doit observer le groupe dans son ensemble.<sup>11</sup>

Les règles ont un aspect interne que l'on ne trouve pas dans les habitudes. Cet aspect interne, cependant, ne saurait être expliqué en termes de sentiments, et notamment de sentiments de contrainte (comme le font les réalistes scandinaves).

<sup>9</sup> Hart (2005 : 74). Mes italiques.

<sup>10</sup> Hart (2005 : 74). Italiques de Hart.

<sup>11</sup> Hart (2005 : 75).

Il n'y a aucune contradiction à dire que les gens acceptent certaines règles, mais n'éprouvent à leur sujet aucun sentiment de contrainte. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées.<sup>12</sup>

La notion de règles ou de norme, le normativisme donc, selon Hart, sert d'alternative conceptuelle à la fois aux commandements (impérativisme) et aux habitudes (réalisme). Les règles sont des alternatives aux commandements, afin d'expliquer le caractère général, impersonnel et auto-contrainant des règles de droit et des instruments juridiques. Les règles sont en outre une alternative aux habitudes afin d'expliquer la justification, l'attitude de réflexion critique et leur *aspect interne*.

(ii) Le second principe fondamental de la théorie de Hart après le « normativisme » est ce que l'on appelle le « point de vue interne ». Ce principe est lié à l'aspect interne des règles dont je viens de parler. Pour appréhender le droit et concevoir une conduite comme liée à une règle de droit, comme juridique, nous devons adopter un point de vue interne. Cela signifie que nous devons d'abord et avant tout considérer l'aspect interne de la règle. Une règle est d'une part la somme d'une régularité de conduites, une uniformité de comportements et, de l'autre, l'idée que cette conduite est obligatoire, quelle constitue un modèle de comportement. La différence entre une règle et une simple habitude tient seulement au fait qu'une simple habitude ne dépend que d'une uniformité de comportements et *rien d'autre*.

On peut, par exemple, admettre que de nombreux individus ont tendance à utiliser l'air conditionné lorsqu'ils conduisent une voiture dans la chaleur de l'été. Cela est d'une certaine façon une régularité, une simple habitude, mais non une règle. Si je conduisais sous la chaleur sans pourtant utiliser une voiture équipée de l'air conditionné, je serais peut-être considéré comme un excentrique inoffensif ou, qui sait, avare. Mais nul n'oserait m'accuser de commettre une faute ou d'agir de manière préjudiciable. Dans une telle situation, je risque d'être critiqué pour mon imprudence, ou parce que je n'agis pas ou ne vis pas d'une façon confortable, mais non parce que je suis injuste ou en tort ou parce que je viole une règle. En réalité, c'est la possibilité même de la dernière critique, celle de violer une règle, qui manifeste la présence d'une règle (juridique).

Le point de vue juridique, dans ces conditions, ne saurait se référer aux seules régularités - telles celles recommandées par les réalistes qui interprètent le droit comme une prédiction de comportements - ou à un simple fait indépendant de toute règle tel qu'un pur acte de décision. Le point de vue juridique a besoin de porter son attention sur l'aspect interne, il a besoin de reconnaître l'existence

12 Hart (2005 : 76).

d'attitudes critiques quant aux formes de comportements afin de se donner les moyens d'identifier un élément constitutif d'une conduite normative, juridique. Cette approche est appelée par Hart le « point de vue interne » et grâce à elle, Hart attaque et parvient à battre l'école de théorie réaliste du droit, quelles qu'en soient ses variantes.

(iii) Après le normativisme et le point de vue interne, le troisième principe fondamental de la théorie juridique de Hart est la *distinction entre les règles primaires et secondaires*. Lorsqu'on a examiné la critique de Hart à l'égard de l'impérativisme, on a vu qu'il soulignait et mettait en évidence la diversité des règles de droit. Ainsi, tandis que l'impérativisme suit une stratégie réductionniste, en tentant d'enfermer la grande variété des règles dans une forme unique - un commandement ou un ordre assorti d'une sanction et renforcé par une habitude d'obéissance - l'approche de Hart est ouverte à la diversité dans le domaine juridique.

On a vu qu'il souligne, par exemple, l'existence et la pertinence des règles qui n'ordonnent rien mais permettent aux citoyens de jouir de certaines facilités ou habilite ces derniers à exercer certains pouvoirs ou certaines compétences. Hart met particulièrement en évidence deux types fondamentaux de règles : (a) les règles qui prescrivent une certaine conduite, (b) les règles qui confèrent des pouvoirs (tant aux autorités qu'aux individus ordinaires). Selon Hart, toute tentative visant à voir les règles qui confèrent des pouvoirs comme des parties ou des fragments de règles qui prescrivent une conduite finit par déformer l'image du droit et de ses fonctions. La théorie qui propose de considérer les règles d'habilitation comme des parties ou des fragments de règles qui prescrivent une conduite est celle défendue par Kelsen - le principal représentant du formalisme juridique.

[Les] expédients, tels que le fait de traiter les règles d'habilitation comme étant de simples parties de règles imposant des obligations, ou de traiter toute règle comme s'adressant exclusivement aux autorités, déforment la façon dont on parle, dont on considère et dont on fait réellement usage de ces règles dans la vie sociale. Cette conception - ajoute Hart - ne faisait pas valoir de meilleurs titres à être admise que la théorie selon laquelle toutes les règles d'un jeu seraient "en réalité" des directives adressées à l'arbitre ou au marqueur.<sup>13</sup>

Hart appelle les règles qui imposent des obligations des « règles primaires » et celles qui confèrent des pouvoirs les « règles secondaires ». Seuls les systèmes juridiques primitifs les plus simples peuvent fonctionner uniquement à l'aide des règles primaires. Dès que l'on introduit des expédients pour résoudre des litiges ou pour introduire de nouvelles règles dans le système juridique, on ne peut utiliser de tels expédients qu'à la condition d'assumer la validité des règles qui confèrent le pouvoir de faire des règles et de les appliquer. De là, Hart consi-

13 Hart (2005 : 100).

dère qu'il y a trois grandes catégories de règles secondaires : (i) les règles de « décision » (*adjudication*); (ii) des règles de changement ; (iii) des règles de reconnaissance. (i) Les règles de « décision » confèrent aux juges le pouvoir d'appliquer la loi et de résoudre des litiges. (ii) Les règles de changement confèrent aux citoyens et aux autorités le pouvoir de modifier l'état du droit positif en introduisant de nouvelles règles, de nouvelles lois. Elles confèrent donc des pouvoirs législatifs. (iii) Un cas à part est celui de la règle de reconnaissance. Elle joue un rôle comparable à celui de la *Grundnorm* que Kelsen place au sommet de la pyramide représentant le système juridique.

Grace à cette règle de reconnaissance, nous sommes en mesure d'identifier les règles qui appartiennent à un ordre juridique particulier et pouvons ainsi leur reconnaître une pleine validité. C'est en ce sens qu'on peut dire que la règle de reconnaissance joue le même rôle que la *Grundnorm* de Kelsen. Il y a cependant deux différences majeures au regard du formalisme de Kelsen :

(a) la règle de reconnaissance ne place pas nécessairement les règles qu'elle permet d'identifier dans un ordre hiérarchique. Bien sûr, la règle de reconnaissance est épistémologiquement antérieure aux règles qu'elle permet d'identifier : pour autant, ces règles ne se déploient pas selon une hiérarchie telle que l'une tire sa validité de l'autre. Il est possible que certaines règles, par exemple des lois ou des règlements, dérogent à d'autres, la coutume ou le *common law* par exemple. Cela ne signifie pas pour autant, selon Hart, que le *common law* tire son caractère juridique ou sa validité de la législation écrite. Cela étant, le *common law* étant dans le système juridique anglo-saxon le fondement des décisions de justice, on pourrait inférer d'une telle remarque que le pouvoir judiciaire n'a pas besoin, dans la conception que se fait Hart de la pratique juridique, d'être soumis aux règles générales résultant du droit écrit.

(b) L'autre différence avec la théorie « pure » du droit de Kelsen est que la règle de reconnaissance n'est pas une fiction ou un pur présupposé (logico-transcendantal). Elle est au contraire une règle réelle, positive, effective. Ce dernier point établit également une différence à l'égard de toute sorte de réalisme : la règle de reconnaissance est vraiment vue par Hart comme étant du « droit » et non pas une simple « source du droit » qui ne peut être transformée en droit que grâce à l'interprétation.

(iv) Nous en arrivons maintenant au quatrième principe fondamental de la théorie de Hart. C'est ce que l'on appelle la thèse sociale. La règle de reconnaissance selon lui est une pratique sociale, un fait social - ce n'est pas seulement une règle formelle (comme c'est le cas dans la doctrine de Kelsen). La validité de toute loi et autre source du droit est donc fondée sur la pratique, sur des faits sociaux. C'est également l'argument principal avec lequel Hart et ses successeurs, tel Joseph Raz, défendent le positivisme juridique. Avec la thèse sociale, le droit n'est pas considéré comme un phénomène idéal (comme le font les doctrines

jusnaturalistes) mais est perçue comme un fait éminemment empirique et positif. Les lois, les règles de droit notamment, tirent leur validité de cette source empirique élémentaire.

(v) L'autre idée, étroitement mêlée à cette thèse sociale, est celle selon laquelle le droit n'est pas conceptuellement lié à la morale. Comme on le sait, Hart défend une méta-éthique radicalement anti-cognitivistique. La méta-éthique - il est à peine besoin de le rappeler - concerne l'étude du statut logique et épistémologique des propositions éthiques et morales. Au sein de la méta-éthique, on distingue deux grands courants : le cognitivismisme d'un côté, selon lequel les énoncés éthiques sont le produit de la connaissance, le produit d'une activité cognitive et peuvent donc être aussi objectifs que des énoncés empiriques. De sorte que les deux énoncés suivants : « Georges W. Bush est un Président américain » et « la guerre de Georges W. Bush contre l'Irak est injuste » ont le même statut épistémologique et plus ou moins la même prétention à l'objectivité. En définitive, le cognitivismisme en méta-éthique tend à devenir un réalisme moral, une ontologie selon laquelle les entités morales existent bel et bien.

Contre le cognitivismisme, l'anti-cognitivismisme insiste sur la différence logique entre un énoncé de fait (« ils bombardent Bagdad ») et un énoncé de valeur (« ils ne devraient pas bombarder Bagdad »). Hart adopte - on l'a dit - une conception anti-cognitivistique radicale. Il explique (a) *primo* que les énoncés de fait sont profondément différents des énoncés de valeurs ; (b) *secundo* que nous ne pouvons pas logiquement dériver un énoncé de valeur d'un énoncé de fait. Ainsi, par exemple, du fait que quelque chose est, on ne peut pas dériver que cela doit être. De ce que les soldats américains torturent les prisonniers irakiens, on ne peut légitimement pas déduire qu'ils ont - ou que quiconque a - le droit de le faire.

Une telle attitude anti-cognitivistique est considérée comme une arme redoutable qui est d'ailleurs parvenue à terrasser le jusnaturalisme. Car en fait, le jusnaturalisme croit que les règles juridiques sont dérivables d'entités ou substances naturelles de sorte qu'il existerait une hiérarchie de règles gravée dans le marbre et que la règle première d'une telle hiérarchie devrait être exprimée sous la forme d'un énoncé sur le monde. Les hiérarchies de règles sont ici statiques ou, si vous préférez, prédéterminées et substantielles. L'anti-cognitivismisme, au contraire, rend concevables des relations entre règles qui soient dynamiques et formelles.

J'ai jusqu'à maintenant confronté les quatre grandes doctrines de la théorie du droit à celle de Hart : l'impérativisme, le réalisme, la théorie pure de Kelsen, le jusnaturalisme. J'ai ensuite présenté les cinq principes fondamentaux de la doctrine de Hart : le normativisme, le point de vue interne, la distinction entre règles primaires et secondaires, la thèse sociale et l'anti-cognitivismisme. Chaque principe est une arme destinée à renverser les positions théoriques que j'ai déjà

énumérées. Le normativisme vise à la fois l'impérativisme et le réalisme ; la distinction entre les règles primaires et secondaires est utilisée à la fois contre la théorie analytique d'Austin et le formalisme de Kelsen ; il en va de même de la thèse sociale qui vise particulièrement le formalisme tandis que l'anti-cognitivism méta-éthique est une attaque en règle contre le jusnaturalisme. Mais j'ai laissé de côté un cinquième principe fondamental chez Hart : le scepticisme à l'égard des règles.

Selon Hart, les règles ont une signification sémantique. Cette signification consiste dans un noyau dur où ce qui est signifié est clair, précis et sans ambiguïté. Si un cas correspond à ce noyau dur, la décision judiciaire trouvera dans la règle une réponse appropriée. Il existe cependant des cas difficiles (*hard cases*) où nous avons alors affaire à la signification périphérique de la règle. Il n'y a ici aucune détermination de la signification mais une pénombre, un flou, une ambiguïté. Si, par exemple, à l'entrée d'un jardin public on tombait devant un panneau portant « Véhicules interdits », il semblerait assez clair de dire qu'une telle règle interdit aux gens de conduire une voiture dans l'enceinte du jardin. Mais qu'en sera-t-il des bicyclettes, des fauteuils roulants qui sont, sans aucun doute, des véhicules ? Et que dire de l'installation dans le jardin d'un tank américain comme monument célébrant la libération de Bagdad en avril 2003 ?

Dans de tels cas, Hart explique que les règles ne sont plus à même de guider la décision du juge. Le pouvoir discrétionnaire de ce dernier prend le pas sur la règle formelle. Par là, Hart porte un coup considérable à la thèse formaliste qui tend à croire que les juges ne décident pas vraiment mais se bornent à appliquer les lois ; bien que le coup soit esquivé par la théorie pure de Kelsen qui défend au contraire l'idée que les juges disposent d'un pouvoir de création du droit en ce qui concerne du moins la solution du litige. De l'autre côté, Hart parvient à un compromis avec la thèse réaliste qui affirme que le pouvoir concret de création du droit se trouve dans les mains des juges et que ces derniers *décident* à chaque fois et pas seulement dans les cas difficiles. Cependant, en réintroduisant par la fenêtre le pouvoir de création des juges qu'il avait commencé à faire sortir par la porte, Hart doit faire face à une alternative délicate. Dans les cas difficiles, le droit n'est plus une question de règle primaire mais seulement de règles secondaires et plus particulièrement de règles de décision.

La règle de décision est une règle parasitaire comme le dit Hart lui-même ;<sup>14</sup> afin de donner corps au jugement elle renvoie à un autre genre de règles (plus substantielles). La pénombre selon Hart est un défaut propre aux règles primaires. Dans de tels cas, on y déroge par des règles secondaires. Ces dernières sont néanmoins vides tant que les questions de fait sont en cause. Or, comment le juge peut-il décider sans critère substantif ? Comment le parasite peut-il vivre sans l'objet dont il est le parasite ?

14 Hart (2005 : 101).

L'alternative est alors celle-ci : ou bien on admet qu'il existe de forts critères moraux objectifs, mais on s'expose au travers du jusnaturalisme ; ou bien on admet que le juge peut décider arbitrairement, que « tel est son bon plaisir », mais on verse alors dans la version radicale du réalisme juridique. Dans les deux cas, la règle de reconnaissance, désormais réduite à la seule identification de l'organe judiciaire, ne pourra pas nous donner un principe de validité. Certains pourraient considérer que tant que le juge est habilité par la règle de reconnaissance, tout est pour le mieux. Cependant, même dans ce cas, on ne disposera pas d'un principe ou d'une règle de validité, puisqu'une telle règle devrait valoir également pour le juge (pour que ce soit vraiment un principe de validité, c'est-à-dire une prescription obligatoire pour ceux qui ont à l'utiliser). Une telle règle devrait être capable de guider la conduite des juges, c'est-à-dire de limiter ou de contraindre cette conduite. Mais une règle qui se borne à les habilitier à faire tout ce qu'ils veulent faire ne peut malheureusement pas jouer ce rôle de contrainte. De l'autre côté, comme Hart le reconnaît lui-même, « la distinction même entre l'incertitude d'une règle particulière et l'incertitude du critère utilisé pour l'identifier comme étant une règle du système, n'est pas claire dans tous les cas ».<sup>15</sup>

Commentons encore une fois avec les quatre grandes doctrines auxquelles Hart s'oppose : (i) l'impérativisme ; (ii) le réalisme ; (iii) le formalisme ; (iv) le jusnaturalisme. J'aimerais maintenant voir, d'abord, comment ces quatre doctrines se comportent - si l'on peut dire - à l'égard du droit international.

(i) L'impérativisme - on l'a déjà dit - voit le droit comme n'étant rien d'autre qu'un ensemble de commandements ou d'ordres assortis de menaces d'une sanction et dont l'auteur détient le pouvoir politique suprême, i.e., la souveraineté. Dans cette conception, le droit se caractérise par deux traits essentiels : il est fondé sur la force ; il est posé par un pouvoir souverain.

Appliquée au droit international, cette conception nous conduit nécessairement à des conclusions pessimistes puisqu'en droit international il semble n'y avoir ni sanction ni pouvoir souverain ; la conclusion qu'en tireraient les tenants de l'impérativisme est que le droit international n'existe pas. À cet égard, permettez-moi de citer quelques phrases de John Austin, le grand théoricien de la théorie analytique du droit :

le droit international, ou le droit qui a cours entre des nations, concerne la conduite des souverains entre eux. De là, il découle inévitablement que le droit qui s'applique entre nations n'est pas du droit positif : car tout droit positif est imposé par un souverain donné à une ou des personnes qui se trouvent dans un état de soumission à ce souverain. Comme je l'ai déjà laissé entendre, le droit qui a cours entre nations est (de manière impropre) du droit posé par l'opinion générale. Il fait respecter les obligations qu'il impose par des sanctions morales : par la crainte de la part des nations, des autres

15 Hart (2005 : 166).

souverains, la crainte de provoquer une hostilité générale et d'encourir d'éventuelles représailles en cas de violation des maximes admises et respectées par tous.<sup>16</sup>

Ainsi, selon Austin, le droit international n'est-il pas « vraiment » du droit, mais seulement une « morale positive ». Il est intéressant de rappeler que le théoricien anglais avait le même jugement concernant le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel n'est pas non plus « vraiment » du droit, mais seulement une « morale positive ». Cette conclusion est réellement inquiétante.

(ii) Le réalisme juridique ne s'intéresse en général pas au droit international. Cependant, dans la mesure où le réalisme juridique se fonde sur le réalisme politique, il tend à dénier ou minimiser le statut juridique du droit international. Le réalisme politique a une conception des relations internationales selon laquelle ces relations seraient régies uniquement par l'intérêt des gouvernements ou des États et de tels intérêts seraient fondamentalement le produit d'un désir de pouvoir absolu. De sorte que pour le réalisme politique, le droit international ne peut qu'être un expédient pour acquérir ou maintenir le pouvoir de l'État et ne saurait en aucun cas soumettre un tel pouvoir à une règle de droit équitable. Il est donc condamné à hésiter - pour reprendre une expression récente - entre l'apologie et l'utopie. À cet égard, on peut ici évoquer la figure de deux éminents réalistes scandinaves : le suédois Karl Olivecrona et le danois Alf Ross. Pour le premier, le droit international était quelque chose derrière lequel se cachait la *Grossraumordnung* de Carl Schmitt, l'hégémonie impériale.<sup>17</sup> Pour le second, « le droit entre les États (le droit international) appartient à une catégorie différente du droit national et ne possède pas la capacité de ce dernier à canaliser les intérêts et les aspirations ».<sup>18</sup>

(iii) La position de Kelsen est plus complexe et plus élaborée. En réalité, Kelsen fut l'un des plus grands juristes de droit international de son temps et il a beaucoup écrit sur le sujet. Je voudrais rappeler son immense traité sur les Nations Unies, de près de mille pages. Kelsen fut, de même, fortement impliqué dans la mise en place du procès de Nuremberg dont il critiqua pourtant le déroulement. D'après Kelsen, il n'y a aucune difficulté conceptuelle à considérer le droit international comme une forme de droit achevée. On pourrait rappeler que selon lui, les règles sont juridiques seulement si elles sont susceptibles de sanction. Or, le principal argument contre le droit international consiste justement à dire qu'il ne prévoit aucune sanction. Kelsen rejette cet argument. Le droit international, dit-il, fournit une forme spécifique de sanctions. C'est la *guerre*. Notez, je vous prie, que la guerre est ici légale tant qu'elle constitue une réaction à une violation du droit international. Dans ces conditions, la conséquence importante d'une telle conception est qu'une guerre préventive ou d'an-

<sup>16</sup> Austin (1954 : 201).

<sup>17</sup> Voyez son livre *Europa und Amerika* : Olivecrona 1943.

<sup>18</sup> Ross (1966 : 262).

ticipation, une guerre antérieure à toute violation du droit international, serait illégale.

En ce qui concerne la conception des relations entre le droit international et le droit national, il y a une grande alternative : le dualisme ou le monisme. Le *dualisme* soutient que l'ordre international et l'ordre national sont tous deux juridiques mais qu'ils n'ont pas de relation l'un avec l'autre. Chaque règle de droit est valide dans son domaine et il n'y a entre les deux aucune relation de supériorité dans un sens comme dans l'autre. C'est, par exemple, la position de la Cour constitutionnelle italienne lorsqu'elle se trouve confrontée à la suprématie que revendique le droit communautaire. Le *monisme*, au contraire, affirme que l'un des deux ordres prévaut toujours sur l'autre, au sens où la validité de l'un est dérivée ou inférée de la validité de l'autre. Comme on le sait, il y a deux genres de monisme : le monisme à *primauté interne* ou *étatiste*, qui affirme que le droit international n'est qu'un dérivé du droit national ou, comme le disait Hegel, « un droit national externe » ; le monisme à *primauté internationale* considère au contraire que le droit national est en quelque sorte subordonné au droit international. La dernière thèse est, on le sait, celle défendue par Kelsen.

Vous vous souvenez que, pour Kelsen, le droit est une pyramide à différents niveaux et au sommet de laquelle se trouve la *Grundnorm*. Le niveau juridique le plus bas est occupé par les décisions des juges ; à un niveau plus élevé se trouve la législation autorisant le pouvoir discrétionnaire des juges ; un niveau encore plus élevé comprend la constitution établissant les règles de création du droit. Et au-dessus du niveau constitutionnel dans cet ordre juridique pyramidal, il y a le droit international. La constitution - selon ce que dit Kelsen, du moins dans quelques-uns de ses travaux - tire sa validité du droit international, en particulier de la norme fondamentale du droit international qui consiste dans ce que l'on appelle le principe d'effectivité. Le principe d'effectivité prescrit de considérer un État réel comme un sujet du droit international lequel est un ordre juridique pleinement valide.

Cela étant, une constitution ne peut être opératoire que si elle est appliquée à un ordre juridique déjà valide. Or, le droit international fournit une telle validité préliminaire. La doctrine de Kelsen, dans ces conditions, reconnaît non seulement le caractère pleinement juridique du droit international mais, en outre, fait d'un tel droit la pierre angulaire de l'ordre juridique positif tout entier.

(iv) Les doctrines jusnaturalistes sont diverses et n'adoptent pas une attitude uniforme à l'égard du droit international. Selon certaines théories, les relations internationales sont très proches de l'état de nature dans lequel vivent les êtres humains avant d'entrer dans l'état civil. Dans l'état de nature, les hommes luttent pour la survie et ne sont régis que par un principe : la préservation de la vie et de soi. Telle est la conception défendue par Thomas Hobbes ou Baruch Spinoza. Jean-Jacques Rousseau n'est pas très loin de partager ce point de vue.

Il y a cependant d'autres doctrines jusnaturalistes, celles défendues par exemple par Vitoria ou Grotius qui supposent un droit valide pour le genre humain tout entier régissant aussi bien les relations entre les peuples que celles entre les États. Pour ce second courant, il ne saurait subsister le moindre doute sur le caractère contraignant et pleinement juridique du droit international.

Quelle est la position de Hart ? Au premier abord, Hart semble adopter une attitude opposée au scepticisme en refusant le dogme de la souveraineté.

L'une des sources les plus permanentes de perplexité quant au caractère obligatoire du droit international - écrit-il au chapitre dix du *Concept de droit* - a résidé dans la difficulté d'accepter ou d'expliquer le fait qu'un État qui est souverain puisse être aussi "lié" par, ou avoir une obligation au terme du droit international. Cette forme de scepticisme est, en un sens, plus extrême que l'objection selon laquelle le droit international n'est pas obligatoire parce qu'il manque de sanctions.<sup>19</sup>

Une telle forme de scepticisme, estime Hart, doit être rejetée. En réalité,

la conviction de l'existence nécessaire d'un souverain qui n'est soumis à aucune limite juridique, préjuge d'une question à laquelle nous ne pouvons répondre qu'en analysant les règles qui existent effectivement. La question qui se pose pour le droit national est la suivante : quelle est l'étendue de l'autorité législative suprême reconnue au sein de ce système ? Pour le droit international, la question est la suivante : quel est le champ maximum d'autonomie que les règles accordent aux États ?<sup>20</sup>

Ainsi, on ne peut commencer par poser une notion définie de la souveraineté puis, dans un second temps, essayer d'évaluer une règle de droit à l'aune de cette notion. On doit plutôt s'attacher spécifiquement au phénomène qu'on veut évaluer sans préjuger de quoi que ce soit.

Hart est donc assez critique à l'égard des théories du droit international qui expliquent ce dernier à l'aide de la notion d'autolimitation de l'État. Telle était la doctrine défendue par le juriste autrichien Georg Jellinek, en fait l'un des maîtres de Kelsen. Contre l'idée de droit international comme produit de l'autolimitation de l'État, Hart présente trois arguments :

(a) L'autolimitation présuppose une notion forte de souveraineté qui empêche de rendre compte de la dynamique concrète du droit international.

Ces théories n'expliquent absolument pas ce qui permet de dire que les États ne "peuvent" être liés que par des obligations qu'ils s'imposent à eux-mêmes, ni pourquoi on devrait admettre cette conception de leur souveraineté, avant tout examen du caractère réel du droit international.<sup>21</sup>

(b) L'autolimitation présuppose des règles déjà en vigueur.

<sup>19</sup> Hart (2005 : 238).

<sup>20</sup> Hart (2005 : 241).

<sup>21</sup> Hart (2005 : 242).

Pour que des mots /.../ puissent fonctionner en certaines circonstances comme une promesse, un accord ou un traité, et ainsi engendrer des obligations et conférer des droits que d'autres individus peuvent revendiquer, il faut toujours qu'existent des *règles* qui disposent qu'un État est obligé de faire tout ce qu'il s'engage à faire à l'aide de mots appropriés.<sup>22</sup>

(c) La pratique du droit international est en contradiction avec la doctrine de l'autolimitation. « En troisième lieu, il y a les faits ».<sup>23</sup> Seuls ces derniers peuvent « révéler si cette conception est correcte ou non ».<sup>24</sup>

En réalité, en droit international il arrive qu'un État se trouve lié à d'autres indépendamment de tout consentement. On peut mentionner deux hypothèses : (i) « l'hypothèse d'un nouvel État » - qui est lié par les obligations générales du droit international ; (ii)

l'hypothèse de l'État qui acquiert un territoire ou subit quelque autre changement qui entraîne, pour la première fois, l'incidence d'obligations découlant de règles qu'il n'a pas eu préalablement la possibilité soit d'observer, soit de transgresser, et auxquelles il n'a pas eu l'occasion de donner ou de refuser son consentement.<sup>25</sup>

C'est par exemple le cas de tout État qui acquiert un accès à la mer et se trouve dès lors soumis au droit maritime.

Hart identifie ensuite un ensemble de caractéristiques du droit international qui le distingue de la morale. Il entend ainsi répondre aux thèses jusnaturalistes et à celle de John Austin, lequel réduisait le droit international à une « morale positive ». (a) Le premier point est la différence entre les sanctions morales et celles juridiques. La sanction morale en appelle à la conscience des individus, aux sentiments de culpabilité ou à la honte. Ce n'est pas la même chose en droit international. (b) Le deuxième point est l'indifférence morale du droit international.

Les règles du droit international, comme celles du droit national, sont souvent totalement indifférentes d'un point de vue moral. Il se peut qu'une règle existe parce qu'il convient ou qu'il est nécessaire d'avoir une règle établie qui soit claire dans les domaines auxquels elle se rapporte, mais non pas parce qu'on attache quelque importance morale à cette règle particulière.<sup>26</sup>

(c) Troisièmement, tandis que le droit international est plus ou moins fondé sur la volonté et le changement, la morale ne repose pas sur le consentement. Tandis qu'« il n'est rien dans la nature ou la fonction du droit international qui soit également incompatible avec l'idée que les règles seraient sujettes à un changement législatif », « l'idée même de changement par l'effet d'une volonté

<sup>22</sup> Hart (2005 : 242-243).

<sup>23</sup> Hart (2005 : 243).

<sup>24</sup> Hart (2005 : 243).

<sup>25</sup> Hart (2005 : 268).

<sup>26</sup> Hart (2005 : 246).

législative humaine répugne à l'idée de moralité ». <sup>27</sup> La moralité, selon Hart, à la différence du droit, ne peut ainsi être l'objet d'une volonté ou d'une décision ; cette conception est en réalité en contradiction avec sa méta-éthique anti-cognitivist. (iv) Néanmoins, le quatrième point semble quant à lui fondé sur une nouvelle déclaration d'épistémologie anti-cognitivist. Il n'y a, dit-il, aucune obligation morale de laquelle on pourrait purement et simplement inférer le droit international.

D'après son argument, Hart semble favorable à une conception non sceptique du droit international - en d'autres termes, il pense que le droit international est vraiment du droit et qu'il lie ou peut lier les États. Cependant, la conclusion de Hart ne va pas dans cette direction.

Hart entreprend de vérifier que le droit international est un système complexe de normes primaires et secondaires, et non pas un simple un « ensemble » de règles primaires. Hart souligne qu'il n'y a pas de juridiction contraignante permanente en droit international. Dès lors, on ne peut affirmer qu'il existe en droit international une règle qui ressemble à une règle de décision (*adjudication*). Il n'y a pas non plus de corps législatif permanent. Et donc il ne peut y avoir de règle de changement. Enfin, puisqu'on ne trouve nulle part un corps bien établi de règles internationales juridiques fondamentales, on devrait conclure qu'il n'y a aucune règle de reconnaissance.

Pourtant, la présence de règles secondaires à côté des règles primaires est une condition nécessaire à un système juridique développé. Un système juridique avancé, dit Hart, est structuré selon une hiérarchie de règles. Autrement, nous aurions affaire à des systèmes sous-développés, des phénomènes juridiques primitifs, qui ne peuvent même pas être qualifiés de « systèmes ». Ils ne sont que des « ensembles » (statiques) de règles sans coordination ni hiérarchie claires souffrant d'un fort degré d'indétermination. Pour que de telles règles (primaires et secondaires) soient valides, il suffit qu'elles soient acceptées sans qu'il soit besoin de recourir à un principe critique tel qu'une règle de reconnaissance.

Dans la forme la plus élémentaire de société, nous devons attendre pour voir si une règle se fait admettre comme règle ou non ; dans un système doté d'une règle fondamentale de reconnaissance, nous pouvons dire, avant qu'une règle soit effectivement édictée, quelle *sera* valide si elle satisfait aux conditions posées par la règle de reconnaissance. <sup>28</sup>

On pourrait cependant se demander s'il est vrai que l'acceptation d'une règle est possible sans une reconnaissance préalable de la règle elle-même. On pourrait encore s'interroger pour savoir si un tel problème est résolu une fois qu'il est transposé au niveau de la « règle de reconnaissance » laquelle, selon Hart,

<sup>27</sup> Hart (2005 : 248).

<sup>28</sup> Hart (2005 : 252-253).

peut seulement être *utilisée* mais non identifiée à partir du point de vue interne, de sorte que l'affirmation de son existence ne peut relever que du point de vue externe.<sup>29</sup> On pourrait enfin objecter qu'une simple acceptation des règles (primaires), comme ce serait le cas pour les ordres primitifs, n'est pas très éloignée d'une simple uniformité de comportements, transformant ainsi une pratique normative en une simple habitude, transformation qui - comme on le sait - est en fait critiquée par Hart lui-même.

Quoi qu'il en soit, l'important pour nous aujourd'hui est de voir qu'en contestant l'existence de règles secondaires en droit international, Hart le condamne à n'être qu'un système juridique « primitif », quelque chose, j'insiste, qui n'est pas très différent de ce que Austin appelait une « morale positive », une forme de « soi-disant droit » comme il avait coutume de dire.

« Il n'existe aucune règle fondamentale fournissant des critères généraux de validité pour les règles de droit international » affirme clairement Hart.<sup>30</sup> Certes, des « règles relatives à la force obligatoire des traités » existent, mais elles ne « constituent pas un *système*, [elle constituent] un *ensemble* de règles ». <sup>31</sup> Cela signifie que pour lui, comme pour Austin, le droit international n'est pas vraiment du droit ; conclusion pour le moins triste et perturbante. Est-ce donc le sous-secrétaire d'État américain pour le contrôle des armes John Bolton qui aurait raison ?

Dans un *Post-script* à son ouvrage *Le Concept de droit*, écrit plus de vingt ans après la première édition, Hart tente de répondre à la redoutable critique de Ronald Dworkin contre sa philosophie du droit. Hart cherche tout particulièrement à inclure, en plus des règles, les principes dans le droit. Il affirme alors que la règle de reconnaissance peut consister ou contenir des principes moraux. Je ne peux entrer ici plus avant dans la subtile controverse sur cette question. Je voudrais seulement attirer votre attention sur le fait que si l'on admet que la règle de reconnaissance consiste en des principes, l'une des objections de Hart contre le caractère pleinement juridique du droit international - à savoir qu'il n'existerait aucune règle fondamentale fournissant des critères généraux de validité pour les règles de droit international - s'effondre. Une fois que l'on a admis quelle peut consister en des principes et non uniquement en des règles, cette règle pourrait pourtant être fournie par des principes. En réalité, la règle de validité suprême du droit international, sa règle de reconnaissance, tient selon la doctrine en deux principes fondamentaux : *consuetudo est servanda* (on doit se conformer aux règles coutumières) et *pacta sunt servanda* (on doit tenir ses engagements). Là réside peut-être un espoir pour le droit international.

<sup>29</sup> Hart (2005 : 126-128).

<sup>30</sup> Hart (2005 : 254).

<sup>31</sup> Hart (2005 : 254). Je souligne.

Permettez-moi de conclure. Le droit est traditionnellement conçu comme une expérience hiérarchique principalement sous deux formes. D'un côté, le droit est vu comme constitué d'ordres et de pure obéissance, ou de pouvoir exorbitant et d'allégeance injustifiée, s'appuyant sur la force et la violence. De l'autre, le droit est conçu comme une expérience faite de raisonnements sophistiqués réservés à une classe, une « élite sociale » pourrait-on dire, des « autorités ». Pourtant, au-delà de ces façons de voir les choses, il existe une troisième approche du droit en termes hiérarchiques : elle consiste à le voir comme un système de règles construit sur différents niveaux et reliées les unes aux autres comme le supérieur à l'inférieur.

Hart refuse clairement la première conception. En s'efforçant de l'expliquer à partir des idées simples de menace ou d'obéissance, dit-il, « on défigure un trop grand nombre d'aspects caractéristiques du droit ».<sup>32</sup> Néanmoins, l'idée de Hart qu'un système juridique avancé ne peut être décrit qu'en termes de « règles secondaires » et que de telles règles puissent être à l'origine de la création d'une instance qui aurait le dernier mot quant à la signification du droit renvoie finalement à une espèce de pouvoir discrétionnaire qui n'est pas si éloigné de la notion traditionnelle de commandement.

En ce qui concerne la seconde conception, Hart fait de l'obligation juridique une affaire réservée à un corps spécial d'agents lorsqu'il dit que la règle de reconnaissance vaut seulement pour les autorités publiques et non pour la masse des citoyens.<sup>33</sup> Il réintroduit ici une hiérarchie marquée entre les autorités et les citoyens.

Sa distinction entre les règles primaires et secondaires et la notion de règle de reconnaissance traduit son intention d'emprunter une troisième voie. A-t-il si bien réussi que cela, c'était toute la question.

*Traduit de l'anglais  
par Pierre Brunet.\*\**

<sup>32</sup> Hart (2005 : 173).

<sup>33</sup> Hart (2005 : 132-133).

\*\* Un grand merci à Marie-Anne Pupin pour son aide précieuse et Richard Moulin pour son « il aguerri ».

**Bibliographie**

John AUSTIN, 1954 : *The Province of Jurisprudence Determined*. Introduction par H. L. A. Hart. London : Weidenfeld & Nicolson.

Herbert L.A. HART, 2005 : *Le concept de droit*. Trad. Michel van de Kerchove. 2<sup>ème</sup> éd. augmentée. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis.

Karl OLIVECRONA, 1943 : *Europa und Amerika*. Berlin : Junker und Dünhaupt.

Alf ROSS, 1966 : *The United Nations: Peace and Progress*. Totowa, N.J. : Bedminster Press.

Kenneth I. WINSTON, 2001 : *The Principles of Social Order : Selected Essays of Lon L. Fuller*. Oxford : Hart Publishing.



Massimo La Torre\*

## The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law

Law is traditionally related to the practice of command and hierarchy. It seems that a legal rule should immediately establish a relation between a superior and an inferior. This hierarchical and authoritarian view might however be challenged once the phenomenology of the rule is considered from the internal point of view, that is, from the stance of those that can be said to "use" rather than to "suffer" the rules themselves. A practice oriented approach could in this way open up a more liberal, and also somehow less parochial and ideological, road for legal theory. This is - it is argued in the paper - the programme, or better, the promise we can find in Herbert Hart's main work, *The Concept of Law*. The article tries to render this promise more transparent while, nonetheless, not eschewing the blind sides of its narrative and argumentative strategy.

**Keywords:** international law, rules of law, rule of recognition, imperativism, normativism, realism, internal point of view

To conceive the law as a hierarchical model means first of all putting the fact of command at the heart of legal experience, that is of a power of an inferior over a superior. There is, moreover, a second possibility: that which views the law as the outcome of a social fracture between a class empowered with the authority of making or saying the law and a class whose destiny is much more humble and is that of only obeying or being the addressees of the law thus created. Finally, a further alternative is to conceive of law as a structure of layers, of entities, of *rules* usually, hierarchically disposed, so that one layer draws the reason of its existence or legitimacy or validity from a layer superior to the one considered. These three possibilities are not always present in one single legal theory, though they are not mutually incompatible.

In this paper my task will be to tackle the issue of the hierarchical model in the law from the perspective of H. L. A. Hart's legal philosophy. Herbert Hart - one should not forget it - has become and still is one of the most influential jurists of our times and his views imbue several of the current doctrines of legal practice and legal reasoning. Mine will thus be a presentation and discussion focussing on Hart's concept of law and its relationship to the hierarchical model. It is also intended to be a more general assessment on the fruitfulness of such an approach with special attention to international law.

\* mlatorre@unicz.it | Professor in Philosophy of Law at the Law School of Magna Graecia University in Catanzaro (Italy).

Now, before dealing specifically with our subject, two points are important to bear in mind, in order to understand the sense and relevance of the discussion around the concept of law which is the specific function of jurisprudence and legal philosophy. First of all, a discussion about the concept of law is not just a question of theory, or a mere philosophical disquisition without practical effects. The law is not an empirical object, a physical or natural thing. It is rather a human practice ruled and made possible through norms, principles, values, attitudes, ideas. In short, *the law is what we believe is the law and what we practice as the law*.

This means that the law is its concept or, rather, that *the law is the concept of law which we adopt and follow in our conduct*. Therefore, what we accept as the concept of law has a strong, even a dramatic impact on the "hard" law, the law in action, the practice of law. Since the law is strictly, logically, connected with our society's concept of law, the law itself is a matter of discussion and controversy. Law is an essentially contested concept. But the discussion and the controversy about the law and its object are just the domain of jurisprudence and legal philosophy. The adoption of one or the other concept of law has immediate repercussions on the facts of law.

The other point I would like to preliminarily stress is the following. Law is an ambiguous concept and an ambiguous practice. It is imbued with ambiguity. It is on the one side related to violence, force, authority, power, effectiveness, facticity, efficacy, hierarchy. On the other side, however, it is strongly connected with justice and morality, that is with autonomy in some sense. Sometimes we meet, sometimes we face law in the form of a penalty, a prison, a scaffold, electric chair: law here is very much equivalent to coercion and violence.

But law is not just coercion and violence. There is, internal to law, a claim to correctness and justice. Law is there not just in its own right and on its own behalf; we have law not on law's own behalf, but - we might plausibly say - on behalf of a fair scheme of social and human relations. There is - so to say - an utopian element in the law, an ideal state of social practices, which is its sense and its justification. Law therefore is not just force, but it is rather a legitimate force. It is founded on legitimacy and nonetheless needs efficacy.

Now, the history of the concept and the practice of law is the history of the ways, the strategies undertaken to deal with this ambiguity and tension, the history also of their solutions. For instance, if you think of the image ordinary people have of lawyers you will find yourself once more confronted with this ambiguity, with such duplicity. On the one side, a lawyer is seen as a pettyfogger, a rascal obsessed with emptying his clients' pockets, someone whose only real job is obscuring the laws' interpretation, distorting them, for his own personal private interests or in the best case for the private, particular interest of his client. This is the kind of lawyer which inspires Shakespeare's cry "Let's kill

all the lawyers" in *Henry the Sixth, Part Two*. To illustrate this view, please, allow me to read an excerpt from Mary Wollstonecraft book *A Short Residence in Sweden, Norway, and Denmark*:

My head turned round, my heart grew sick, as I regarded visages deformed by vice; and listened to accounts of chicanery that were continually embroiling the ignorant. These locusts will probably diminish, as the people become more enlightened /.../ The profession of law renders a set of men still shrewder and more selfish than the rest; and it is these men, whose wits have been sharpened by knavery, who here undermine morality, confounding right and wrong.

But the lawyer, the advocate, is not only Mary Wollstonecraft's pettyfogger "deformed by vice"; he is also the defendant of the unjustly indicted, the champion of human rights. Absolute kings, dictators and totalitarian States deeply dislike lawyers and advocates, often considered by them to be subversive agents. Others, on the contrary, see lawyers as a specially ethical role. Let us listen to what one great legal philosopher, the American Lon L. Fuller, thinks of the legal profession:

The best definition I ever heard of a lawyer was that given by the young daughter of a friend of mine. A neighbor's child asked what her father did. She said:

- He's a lawyer.
- What's a lawyer?
- A lawyer is a man that helps people.<sup>1</sup>

According to Fuller, a lawyers' activity is not fully instrumental; it is not necessarily or conceptually oriented to success and the client's interests. It is rather functional to the good administration of justice.

In arguing cases before courts, he [the lawyer] will see his job, not as one of mere persuasion, or of a facile manipulation of legal doctrine, but as one of conveying to the court that full understanding of the case which will enable it to reach a wise and informed decision.<sup>2</sup>

The two opposed views mentioned of what a lawyer properly is are based on opposed views about the concept of law. For one view, the law is something mainly addressed to the "bad man"; for the other view its main figure is in Hart's words "the puzzled man", a human being who asks "what ought I to do?", and looks for criteria of right conduct.

Another field where the mentioned ambiguity and the tension intrinsic to law is fully and dramatically deployed is the international relations arena, that is international law and legality. Is there an international law, which will consequently be binding on its subjects, States, and their municipal law? For instance, John Bolton, Sub-secretary of State under the G. W. Bush administration denies

<sup>1</sup> Winston (2001: 275-276)

<sup>2</sup> Winston (2001: 313)

that there is such a thing, while the Secretary General of United Nations, Kofi Annan, seems to defend the opposite stance. But the stance here respectively adopted is a matter of jurisprudence and of what idea of law we hold.

Please, note that the same problem that we have with international law may also be encountered with constitutional law. That is: "Is constitutional law binding on government and officials?"; which is a thorny question, especially once we conceive of the law as a hierarchical chain of command. Once again our answer to such question will depend on our concept of law and on our jurisprudential position.

Now, let us go back to Hart, whose doctrine today is my main subject of interest. In order to better understand Hart's theoretical enterprise, this should be seen - I believe - as a reaction or a response to four main doctrines of the concept of law. These are: (i) imperativism; (ii) realism; (iii) formalism (very well embodied in Hans Kelsen's so-called "pure" theory of law); (iv) natural law.

(i) *Imperativism* is the view according to which the law is a set of commands backed, supported by the threat of a sanction, an evil, and issued by a political superior holding full sovereignty. You might remember that this is the doctrine defended by Jeremy Bentham and by John Austin, and by the whole tradition of the British - so called - analytical jurisprudence. In such a view, the practice of law is shaped in radically hierarchical terms, though not as a hierarchy of rules. In fact, imperativism has many problems in admitting the category of a rule as something distinct from the concrete prescription by superiors and from habit by inferiors.

(ii) *Realism* is a complex compound of diverse doctrines. There are at least - as is well known - both an American and a Scandinavian Realism, the two holding different views. However, Hart intends to respond to the challenge mainly coming from the American realists, although his discussion of legal obligation and the interpretation of this in terms not of feeling compelled, but just as the application of a rule is probably directed against Hägerstoms and Olivecrona's writings.

As is well known, the fundamental thesis defended by the American brand of realism is the following. The law is nothing but a prediction about the future conduct of judges. Law is not equivalent to rules, but rather to judicial decisions, or - in another formulation - law is the the "law jobs". Law is not law in books, but law in action. According to this view, legal practice revolves around the figure of a judge, and, in a sense, turns out to be not so much an intrinsically hierarchical experience, since the judiciary is here seen as a diffuse and somehow informal social structure. In no case here, however, could we speak of law as hierarchy of rules in logical terms, since life, action, not logic or formalities run the practice of law. There might be a hierarchy of rules in the books; in front of the judge, however, such logicalities are of very little help.

(iii) *Legal formalism* insists that law is a set of rules. Rules here are seen as semantical entities, propositions, *Urteile* - as Hans Kelsen labels them in German, following a Kantian terminology. According to Kelsen - as is well known - a rule has the form of a hypothetical judgment, "if A, then B", where A is the contrary conduct to the one promoted and desired, and B is the prescription of a sanction. According to Kelsen, moreover, rules are structured following a strict hierarchical order. The law for him is a sort of pyramid made up of different layers, each at a different level, where the rules at the lower level derive their validity from the rules at the higher level. At the top of the pyramid there is a special rule, the *Grundnorm* in German, the ground rule, which is the master rule giving validity to the whole system. We are all well acquainted with this doctrine.

Kelsen's main problem is avoiding the fallacy of infinite regress which is a frequent risk in legal formalism. Legal formalism, a variant of legal positivism, conceives of two fundamental sorts of rules: (a) one kind ordering, forbidding, or permitting a conduct; and (b) another kind prescribing a sanction for the case that the first rule is not complied with. In such an approach, however, the legal character of the rules derives from the prescription of a sanction. But if this is the case, a rule ordering a sanction needs to be legal to be backed through a further rule prescribing a sanction, and this one again will be legal only if there is an additional rule backing the former through a sanction; and thus ad infinitum. In order to avoid this regressus ad infinitum, Kelsen conceives the rule as made up of two parts, one hypothetically assuming a state of affairs, and the other part which is the prescription of the sanction. Here there are no longer two rules: one prescribing a conduct, and another ordering a sanction, but there is only one rule, which prescribes a sanction for the case of a given state of affairs taking place. For Kelsen then, legal validity is not the outcome of a rule prescribing a sanction but of a rule given at a higher hierarchical level in the legal pyramidal structure.

However, here again there is the risk of a infinite regress, since we are asked to seek an ever higher rule, a rule superior to the one which we consider legally valid. This is the reason why for Kelsen the *Grundnorm*, the master rule, is not a real positive rule. The *Grundnorm* is rather an epistemological assumption, a logical transcendental assumption in Kantian terms, whose task is to make it possible for lawyers to conceive positive rules as legally valid. The *Grundnorm* closes up the legal system at its summit, by rendering the search for a further higher rule pointless. All this is well known, and it is the typical model which we think of when we articulate the idea of law as a hierarchy of rules.

(iv) Finally, we have *natural law*, as a fourth dominant jurisprudential approach. Natural law has a very long history, and it has been "cooked" - so to say - according to very different recipes. However, we can find a lowest common denominator and this is the following. According to natural law theories, the

legal validity of a rule is mainly connected with its substantive contents and its morality, and such a morality can be ascertained through a mere cognitive exercise. Said in different terms, for natural law the "ought" of law can and should be inferred from the "is" of a moral world or substance or principle accessible to human knowledge. This means that, for natural law, law is (a) either coincident or equivalent with morality or (b) is strongly conceptually connected with the former. Law and morality are not distinct domains. They are intrinsically connected. Such an approach is usually not so much interested in the question of what law "is", but rather in what law "ought" to be. Or, said differently, natural law is above all a theory of the justification of law, being usually much less interested in offering an ontology of law. Its obsession is that the law comply with specific substantive moral requirements; what the structure or the institution of law is, or how this is articulated, is to natural lawyers a matter of expediency and, therefore, is open to multiple and flexible alternatives. However, traditionally natural law is related to imperativism, in the sense that while natural law gives the superior substantial criteria for the content of rules, these same rules are very often thought of as commands coming from a sovereign obliged to follow the prescriptions of natural law. We can thus plausibly conclude that natural law usually defends a hierarchical view of the law, both in the sense that the fundamental piece of legal practice is command, and in the sense that law is hierarchically ordered so that positive law lies in an inferior position and is subject to natural law.

Now, Herbert Hart is critical towards all the four mentioned approaches. (i) Against imperativism, to John Austin's analytical jurisprudence, that is the theory that views law as a set of orders backed by the threat of a sanction and issued by a political superior, he raises four main objections. (a) "Surely - he remarks first - not all laws order people to do or not to do things".<sup>3</sup> For instance, there are laws, such as the laws of making wills or on contracts or on marriages, which only offer facilities or confer powers to private individuals. (b) "Surely - and this is his second objection - not all laws are enacted nor are they all the expression of someone's desire" like general orders.<sup>4</sup> For instance, custom, although a subordinate source of law in most modern legal systems, cannot be conceptualised according to the model of command. A command is personal, custom is impersonal; command is an intentional act, custom is not. A command is a deliberate, intended action; a custom is not a deliberate act: it is rather unintended. (c) "Surely - third objection - laws, even when they are statutes deliberately made, need not be orders given only to *others*".<sup>5</sup> For instance, "legislation /.../ may perfectly well have /.../ a self-binding force. There is noth-

<sup>3</sup> Hart (1994: 26).

<sup>4</sup> Hart (1994: 26).

<sup>5</sup> Hart (1994: 26).

ing essentially other-regarding about it".<sup>6</sup> There is a strong analogy between a promise - by which we bind ourselves to a particular conduct - and a piece of legislation - which applies generally to all citizens (legislators included). (d) "Finally - fourth objection -, must enacted laws to be laws really express any legislator's actual desires, intentions, or wishes?" Since statutes, for instance, are enacted by complex collective bodies, should we ascribe to such bodies a capacity for emotions, desires, intentions? "Would an enactment duly passed not be law if /.../ those who voted for it did not know what it meant?"<sup>7</sup>

So far I have said that Hart's concept of law can be better understood as a reaction to four jurisprudential models: (i) imperativism; (ii) legal formalism; (iii) legal realism; and (iv) natural law. I have already explained what these four models amount to and their relation to a possible hierarchical model of legal practice. And I have also presented Hart's line of attack against imperativism developed along four main objections.

Now, I shall go on by illustrating Hart's response to the other three models, that is to legal formalism, to legal realism, and to natural law. In order to do so, I would like to introduce what are, in my view, the fundamental tenets of Hart's legal philosophy. These in my opinion are the following six: (i) *normativism*, that is, the centrality of the notion of norm or rule in the law; (ii) the *centrality of an internal point of view* with respect to rules and legal practice; (iii) a *distinction between primary and secondary rules*, and the conceptual and practical priority of the latter over the former; (iv) the so-called *social thesis* and the rule of recognition; (v) a moderate *rule-skepticism* as far as judicial reasoning is concerned; (vi) a *non-cognitivist metaethics*.

(i) Allow me to explain these items one by one. Let us start with *normativism*. To understand this we should refer to an example given by Hart in chapter four of his *Concept of Law*. Let's try - he proposes - to reconstruct a society conceptually along the model proposed by imperativism. Let us imagine a community where there is a subject issuing orders to the population, and where the population has the habit of obeying his orders. He himself does not have any similar habit of obedience to any other subject or person. Hart calls this subject issuing orders and receiving habitual obedience, Rex.

Now, one sad day Rex dies and his place is taken by Rex the Second. Rex II starts, like his predecessor, issuing orders and claiming that these are the law of that community. However, since Rex II's government is too recent, we cannot say that there is already in that society a habit of obedience to his orders. And since such habit is a condition for having law according to the imperativistic model, we should conclude that in Rex II's reign, at least in its beginnings, there

<sup>6</sup> Hart (1994: 42).

<sup>7</sup> Hart (1994: 26).

is no law. Such conclusion however is hardly tenable, if we want an account of law as a permanent situation.

Should we give up the claim of law as a more or less permanent state, we would deprive law of one of its main functions, which is that of ordering and stabilizing a society. Hence, the simple model of a society directed by Rex, the imperativistic model, which is in a sense highly hierarchical, is doomed to failure. To explain stability and permanence in law we should introduce a new concept: that of rule or norm. We thus need to found the stability of the legal system not so much on habits as rather on rules. But: What is the difference between a habit on the one side and a rule on the other? There are at least three distinguishing discriminating features.

(1) "For the group *to have a habit it is enough that their behaviour in fact converges*. Deviation from the regular course need not be a matter for any form of criticism".<sup>8</sup> In the case of rules, deviation on the contrary *is* a matter of criticism.

(2) "Where there are */.../* rules, not only is */.../* criticism in fact made but deviation from the standard is generally accepted as a *good reason* for making it".<sup>9</sup> Rules are good arguments in a discourse of justification; habits are good arguments only in a discourse of (causal) explanation. Rules are reasons for action; habits are causes or motives of a conduct. While a reason offers a reflective grounds for a course of action; and a cause or a motive does not.

(3) The third feature distinguishing social rules from habits */.../* is a feature which */.../* we shall call the internal aspect of rules. When a habit is general in a social group, this generality is merely a fact about the observable behaviour of most of the group. In order that there should be such a habit no members of the group need in any way think of the general behaviour, or even know that the behaviour in question is general; still less need they strive to teach or intend to maintain it. It is enough that each for his part behaves in the way that others in fact do.<sup>10</sup>

For a rule to exist, on the contrary, there must be some people in the group at least who intend to follow it and and that consider the content of the rule as a general standard of conduct.

Rules have an internal aspect which we do not find in habits. This internal aspect however should not be explained simply in terms of feelings, especially of feelings of compulsion (as it is done, for instance, by the Scandinavian realist school). "There is no contradiction in saying that people accept certain rules but experience no such feelings of compulsion".<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Hart (1994: 55). Italics are the author's.

<sup>9</sup> Hart (1994: 55). Italics are in the text.

<sup>10</sup> Hart (1994: 56).

<sup>11</sup> Hart (1994: 57).

What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgments that such criticism and demands are justified.<sup>12</sup>

The notion of rules or norms, normativism thus, according to Hart serves as a conceptual alternative both to commands (imperativism) and habits (realism). Rules are alternative to commands, in order to explain the generality, the impersonality and the self-binding character of laws and legal instruments. Rules, moreover, are alternative to habits, in order to explain the reason-giving, the reflective character of laws and their *internal character*.

(ii) After "normativism" the second fundamental tenet of Hart's approach is the so-called *internal point of view*. This has to do with the internal aspect of rules which I have just mentioned. To approach the law, to conceive a conduct as related to law as legal, we should adopt an internal point of view. This means that we should first, and above all, consider the internal aspect of a rule. A rule is the sum of, on the one side, a regularity of conducts, a convergency of behaviour and, on the other, the idea that that particular piece of conduct is obligatory, that it constitutes a *standard* of behaviour. The difference between a rule and a mere habit is just that a mere habit is given only through a convergency of behaviour *and nothing else*.

We can, for instance, ascertain that many people when driving a car on a hot summer day tend to use air conditioning. This, however, is a regularity, a mere habit, but not a rule. If by driving in a hot climate I do not use a car with air conditioning, I might be considered perhaps a trifle eccentric, or - who knows - stingy. But nobody would dare to accuse me of doing the wrong thing, of acting wrongly. I might in such cases be criticised because of not being prudent, or because of not acting or living in a comfortable way, but not because of being unjust or not right, or of breaking a rule. As a matter of fact, it is the possibility of the latter criticism, the criticism of being wrong, that signals the presence of a (legal) rule.

The legal point of view therefore cannot just refer to external regularities, as it is for instance recommended by legal realists in interpreting the law as the prediction of conducts, or to a mere fact unaccessible to rules as a sheer act of decision. The legal point of view needs focussing on the internal aspect, needs ascertaining the existence of critical attitudes towards forms of behaviour in order to be able to identify a piece of legal, normative conduct. This approach is called by Hart the "internal point of view" and through such an approach Hart attacks and defeats the realist school of jurisprudence in all its variants.

12 Hart (1994: 57).

(iii) After normativism and the internal point of view, the third fundamental tenet of Hart's jurisprudence is the *distinction between primary and secondary rules*. We have seen when dealing with Hart's criticism of imperativism, that he points out and stresses the multiplicity of kinds of legal rules. Whereas imperativism follows a reductionist strategy, trying to compress the great variety of laws in one single form: a command or order backed by a sanction and supported by a habit of obedience, Hart's approach is open to diversity within the legal domain.

We have seen that he points out, for instance, the existence and the relevance of rules which do not order anything but rather make it possible for citizens to enjoy certain facilities or exercise given powers and competences. In particular, Hart singles out two fundamental kinds of rules: (a) rules which prescribe a given conduct; (b) rules which ascribe power (both to officials and to private individuals). According to Hart, any attempt to see the rules which ascribe power as parts, fragments, of the rules which prescribe a conduct ends by offering a distorted picture of law and of its functions. One theory which proposes to consider rules ascribing powers as fragments of rules prescribing conducts (imposing duties) is the one defended by Hans Kelsen - the main representative of legal formalism. "Devices - writes Hart -, such as that of treating power-conferring rules as mere fragments of rules imposing duties, or treating all rules as directed to officials, distort the ways in which these are spoken of, thought of, and actually used in social life".<sup>13</sup> "This - adds Hart - had no better claim to our assent than the theory that all the rules of a game are "really" directions to the empire and the scorer".<sup>14</sup>

Hart calls the rules imposing duties "primary rules", and the rules ascribing power "secondary rules". Only very simple and primitive legal systems can only deal with primary rules. Once we introduce devices to solve disputes or to introduce new rules into the legal system, we can have such devices only if we assume the validity of rules which ascribe law-giving and adjudicating power. Hence, Hart believes that there are three fundamental types of secondary rules, that is, of rules ascribing powers. these are: (i) rules of adjudication; (ii) rules of change; (iii) rules of recognition. (i) Rules of adjudication give judges the power of applying the law and of solving disputes. (ii) Rules of change give citizens and officials the power of modifying the prior state of the law by introducing new rules, new laws. They ascribe, therefore, *legislative* powers. (iii) A special case is that of the rule of recognition. This plays a role comparable to Hans Kelsen's master rule, the Grundnorm, which he put at the top of the pyramid representing the legal system.

Hart (1994: 80).

Hart (1994: 80).

Through the rule of recognition we recognise which rules belong to the given legal order and accordingly we give such rules full legal validity. In this sense Hart's rule of recognition plays the same role which Kelsen attributes to his *Grundnorm*. There are however two major differences with respect to Kelsen's legal formalism:

(a) The rule of recognition does not necessarily place the recognized rules in hierarchical order. For sure the rule of recognition is epistemologically prior to the subsequent rules recognised through it: these rules on their part nonetheless should not be deployed according to a hierarchical order so that the one derives its validity from the other. It is possible that one kind of rule, for instance statutes, legislation, could derogate other kinds of rules, for instance customary or common law. However, this does not imply that common law draws its *legal character and validity* from legislation according to Hart. Now, common law being in the foundational basis for judicial rulings in the Anglo-Saxon systems, one might infer from such a remark that judicial power and rulings need not in Hart's view of the legal practice be subject to the general rule posed by statutes and legislation.

(b) Another difference with respect to Kelsen's "pure" theory is that the rule of recognition is not a fiction, or a mere presupposition. It is, in contrast, a real, positive, effective rule. The latter point also marks the distance from some sort of realism: in fact the rule of recognition by Hart is seen as "law", and not just as "source of law" which can only be precipitated into "real" law through (judicial) interpretation.

(iv) Now, we land into the fourth fundamental tenet of Hart's theory. This is the so-called *Social Thesis*. The rule of recognition according to him is a social practice, a social fact - it is not just a formal rule (as it is the case in Kelsen's doctrine). The validity of all law and other sources of law is therefore based on this practice, on such social facts. This is also the main argument for defending legal positivism on the part of Hart and his later followers, for instance those such as Professor Joseph Raz. By the social thesis, law is not considered an ideal phenomenon (as it is the case in natural law doctrines), but it is eminently seen as an empirical, positive domain. In particular, from this perspective laws, legal rules, draw their validity from an empirical social basic source.

(v) Intertwined with the social thesis is the idea that the law is not conceptually connected with morality. As is well known, Hart defends a strong *non-cognitivist metaethics*. Metaethics - there should not be need to recall it - is the study of the logical and epistemological status of ethical or moral statements. Within metaethics there are two opposed approaches: on the one side, cognitivism, according to which ethical statements are a product of cognition, of a cognitive attitude, and can therefore be objective more or less in the same sense as empirical statements. So that for cognitivism to say that : "George W. Bush is

an American President", and to say that: "George W. Bush's war against Iraq is unjust", have the same or a similar epistemological status, that is, more or less the same claim to objectivity. At the end of the day, cognitivism in metaethics tends to become moral realism, an ontology according to which there are moral entities in the world.

Opposed to cognitivism in metaethics there is non-cognitivism, which lays much stress on the logical difference between an is-statement ("they are bombing Bagdad" - for instance) and an ought-statement ("they should not bomb Bagdad", or "their bombing of Bagdad is wrong"). Hart adopts - we know it very well - a strong non-cognitivist view. He argues: (a) first, that is-statements are functionally deeply different from ought-statements; (b) second, that we cannot logically derive an ought-statement from an is-statement. For instance, from the fact that something is the case we could not derive that the same ought to be the case. From the fact that American soldiers torture Iraqi prisoners, we are not authorised to deduce that torturing Iraqis is the right thing to do for American soldiers or for anybody else.

Such a non-cognitivist attitude is considered a sharp weapon by which natural law can be mortally wounded. In fact, natural law believes that (legal) rules are derivable from special or natural entities or states, so that there is a fixed hierarchy of rules and that the master rule of such a hierarchy has to be translated in terms of a statement about the world. Rules hierarchies here are static, or - if you like - somehow predetermined and substantive. Non-cognitivism, in contrast, makes it possible to conceive of rules relationships as a dynamic, procedural process.

Summing up, I have considered four main doctrines of law faced by Hart: imperativism, realism, Kelsen's pure theory, and natural law. I have then discussed the five main tenets of Hart's approach: normativism, the internal point of view, the distinction between primary and secondary rules, the social thesis, and non-cognitivism. Each of these tenets is a tool used to defeat the four jurisprudential positions just mentioned. Normativism is a theoretical device used both against imperativism and realism; the internal point of view and the idea of obligation as subjection to a rule is a weapon against realism; the distinction between primary and secondary rules is used both against John Austin's analytical jurisprudence and against Kelsen's legal formalism; the same holds for the social thesis which is especially opposed to legal formalism; while non-cognitivist metaethics is a formidable line of attack against natural law doctrines. But so far I have skipped the fifth main tenet of Hart's approach, a moderate *rule-scepticism*.

According to Hart, rules have a semantical meaning. This meaning consists of a hard core where what is meant by the rule is clear, precise and unambiguous. If a case deals with this core, the judicial decision will find in the rule a

distinct standard. There are, however, hard cases where we have to tackle the periphery of a rule's meaning. Here there is no determinacy, but a penumbra, that is, vagueness and ambiguity. If, for instance, in a park we are confronted with the rule "vehicles are forbidden", it is clear enough that such a rule prohibits people to drive cars within the park's precincts. But what about bicycles or wheelchairs - which doubtless are vehicles? What about introducing an American tank into the park to build a monument celebrating the liberation of Baghdad in April 2003?

In such hard cases, Hart argues that rules are no longer able to direct the judge's decision. Judicial discretion takes here the upper hand over the formal rule. By this argument Hart inflicts a hard blow to legal formalism believing that judges do not really decide but only apply laws; though the blow is eschewed by Kelsen's "pure" theory which, on the contrary, defends the law-making power of judicial officials as far as the particular ruling is concerned. On the other hand, Hart thus strikes a compromise with legal realism which affirms that the concrete law-giving power are judges, and that these do strongly *decide* each case, not only in hard cases. However, by reintroducing from the window a relevant law-making power for judges previously expelled from the main door, Hart is confronted with an unpleasant alternative. In hard cases, the law is no longer a matter of primary rule but only a question of secondary rule, namely of the rule of adjudication.

The rule of adjudication is a parasitic one - as is said by Hart himself;<sup>15</sup> it refers in order to give shape to the adjudication to another kind of (more substantive) rules. Now, the penumbra according to Hart is an infirmity which plagues exclusively primary rules which in such cases are fully derogated by secondary rules. These, nonetheless, are empty as far as the hard matter of the case is concerned. But how could the judge decide without substantive criteria. How can the parasite do without its exploited object?

The alternative is then to state: either that there are strong objective moral criteria, but we shall thus fall into a kind of natural law approach; or that the judge can decide fully arbitrarily, according to the "tel est mon plaisir" formula, but we shall thus be taken back to legal realism in its most radical variant. In both cases the rule of recognition, now reduced to the mere indication of who is the judicial organ, will not be able to give us a standard of validity. One could argue that if the judge is empowered by the rule of recognition everything will be all right. However, even in this case, we will not have a standard or rule of validity, since such a standard should be able to hold also for the judge (if it is a standard, that is a self-binding prescription for those who use it). It should thus be able to direct judges' conduct, that is, to limit or bind such conduct. But a rule just empowering the judges whatever they would like to rule cannot un-

15 Hart (1994: 81).

fortunately play this role. On the other hand - as it is acknowledged by Hart himself - "the distinction between the uncertainty of a particular rule, and the uncertainty of the criterion used in identifying it as a rule of the system, is not itself, in all cases, a clear one".<sup>16</sup>

Let us start once again with the four main doctrines which Hart is opposed to: imperativism, realism, Kelsen's legal formalism, natural law. I would now like to see first how these four doctrine behave - so to say - in the domain of international law.

(i) Imperativism - as we know already - is the view according to which the law is nothing but a set of commands or orders backed by the threat of a sanction and issued by a subject holding a supreme political power, that is, *sovereignty*. In this view two are the distinguishing features of law: that it is backed by force, by sanctions; that it is the outcome of a sovereign power.

Now, as far as international law is concerned, such view leads to quite pessimistic conclusions. Since in international relations it seems that there are no sanctions nor only one sovereign power, the conclusion drawn by the imperativistic scholar is that there is no such thing as international law. In this respect, let me quote a few phrases by John Austin, the leading theorist of the analytical jurisprudence school:

International law, or the law obtaining between nations, regards the conduct of sovereigns considered as related to one another. And hence it inevitably follows, that the law obtaining between nations is not positive law: for every positive law is set by a given sovereign to a person or persons in state of subjection to its author. As I have already intimated, the law obtaining between nations is law (improperly so called) set by general opinion. The duties which it imposes are enforced by moral sanctions: by fear on the part of nations, or by fear on the part of sovereigns, of provoking general hostility, and incurring its probable evils in case they shall violate maxims generally received and respected.<sup>17</sup>

According to Austin, therefore, international law is not "really" law, but only "positive morality". It is interesting to remember that for the British jurist the same holds as far as constitutional law is concerned. Constitutional law too, in his view, is not "really" law, but only "positive morality". A disquieting conclusion indeed.

(ii) Legal realism is not usually much concerned with international law. However, insofar as legal realism is based on *political* realism, it tends to deny or diminish the legal status of international law. Political realism is the view of international relations according to which these are ruled only by governments or State interest, and such interests are fundamentally derived from a will of absolute power. So that for political realism (international) the law can only

<sup>16</sup> Hart (1994: 148).

<sup>17</sup> Austin (1954: 201).

be a device for acquiring or maintaining State power, and never for submitting such power to an equitable rule of law. It is, in short, condemned to sway back and forth between - to use a more recent, fortunate expression - apology and utopia. To this regard we can here recall the view of two prominent Scandinavian realists: a Swede, Karl Olivecrona, and a Dane, Alf Ross. For the former, international law was something behind which lurks Carl Schmitt's *Grossraumordnung*, imperial hegemony.<sup>18</sup> For the latter "the law between states (that is, international law) belongs to a category different from that of national law and lacks the latter's capacity to canalize interests and aspirations".<sup>19</sup>

(iii) Much more complex and refined is Hans Kelsen's attitude. As a matter of fact, Kelsen was one of the greatest international lawyers of his time and has published extensively on the subject. I would like to remember his gigantic treatise on the United Nations of nearly a thousand pages. Kelsen was also heavily involved in the legal preliminaries to the Nuremberg trials whose actual proceedings, however, he criticised. Following Kelsen there are no conceptual difficulties in considering international law as a complete form of law. We might remember that according to him rules are legal, are law, only if they deal on sanctions. Now, one of the arguments against the legal character of international law is that there are no proper international law sanctions. Kelsen objects to such view. International law - he says - provides for a specific form of sanctions. This is *war*. Please, note that war here is legal, in so far as it is the reaction to a break of international law. Now, an important implication of such view is that a pre-emptive or anticipatory war, that is, a military intervention prior to an open violation of international law, would be unlawful.

In the conceptualisation of the relationships between international law and municipal law there are two great alternatives: (a) dualism and (b) monism. *Dualism* purports that international law and municipal law are both law, but that they are not related the one with the other. Each law is valid in its own domain, and there are no relations of supremacy in one sense or the other between the two. This is, for instance, the stance taken by the Italian Constitutional Court, when dealing with the alleged supremacy of European Community law. *Monism* by contrast affirms that one of two kinds of law prevails over the other, in the sense that the validity of the one is derived or inferred from the validity of the other. As is well known, there are two kind of monism: *statist monism*, affirming that international law is just a derivation of municipal law, or - as the German philosopher Hegel said - "external municipal law"; *international monism* on the contrary believes that national law is somehow subordinate to international law. The latter position, international monism, is - we know - the one taken by Kelsen.

<sup>18</sup> See his *Europa und Amerika*: Olivecrona 1943.

<sup>19</sup> Ross (1966: 262).

You will remember that for Kelsen the law is a pyramid with different layers and a master rule on the top, the so-called *Grundnorm*. The lowest legal layer is given by judicial decisions; a higher level is the one of legislation authorizing judicial discretion; a still higher level is the constitution setting the rules for law-making. Now, higher than the constitutional level in the legal order pyramid is the international law layer. The constitution - according to what Kelsen says at least in some of his works - draws its validity from international law rules, in particular from the master rule of international law which is given by the so-called principle of effectiveness. The principle of effectiveness prescribes one to consider an effective State as a subject of international law, that is a fully valid legal order.

Now, a constitution can be operative only if it is applied to an already valid legal order - but such preliminary validity is offered by international law. Kelsen's doctrine, therefore, not only recognizes the fully legal character of international law, but in addition makes the cornerstone of the entire positive legal order of such a law.

(iv) Natural law theories are diverse and do not take a uniform attitude towards international law. For some theories, international relations are very like the state of nature where human beings live before entering in a civil state ruled by law. In the natural state subjects strive, fight, for survival and are ruled only by one principle: the preservation of life and, therefore, self-defence. Such is - as is well known - the view held by Thomas Hobbes or Baruch Spinoza. Jean-Jacques Rousseau is not very far from assuming a similar stance.

There are, however, other natural law doctrines - for instance the one defended by Vitoria or Grotius - which assume a law valid for the entire human species regulating as well the relationships between peoples and States. For this second kind of natural law doctrines, then, there could not be any real doubt about the binding, fully legal character of international law.

Now, what is Hart's position? At first Hart seems to assume an anti-sceptical attitude, by refusing the dogma of sovereignty.

One of the most persistent sources of perplexity about the obligatory character of international law - he writes in chapter ten of *The Concept of Law* - has been the difficulty felt in accepting or explaining the fact that a state which is sovereign may also be "bound" by, or have an obligation under, international law. This form of scepticism is, in a sense, more extreme than the objection that international law is not binding because it lacks sanctions.<sup>20</sup>

Such a form of scepticism - Hart believes - should be rejected. In fact

belief in the necessary existence of the legally unlimited sovereign prejudices a question which we can only answer when we examine the actual rules. The question for

<sup>20</sup> Hart (1994: 220).

municipal law is: what is the extent of the supreme legislative authority recognized in this system? For international law it is: what is the maximum area of autonomy which the rules allow to states?<sup>21</sup>

That is, we cannot proceed in a prejudicial way by first posing a given notion of sovereignty and only afterwards trying to measure a law through this standard. We should rather focus directly on the phenomenon which we would like to assess without prejudices of any sort.

Hart then is quite critical of those theories of international law which explain this through the notion of States' self-limitation. Such was, for instance, the doctrine defended by the Austrian scholar Georg Jellinek, actually one of Kelsen's teachers. Against the idea of international law as a product of States' self-limitation Hart presents three arguments.

(a) Self-limitation presupposes a strong notion of sovereignty which is prejudicial to a concrete account of international law dynamics.

These theories - he writes - fail completely to explain how it is known that states 'can' only be bound by self-imposed obligations, or why this view of their sovereignty should be accepted, in advance of any examination of the actual character of international law.<sup>22</sup>

(b) Self-limitation presupposes rules already in force.

In order that words /.../ should in certain circumstances function as a promise, agreement or treaty, and so give rise to obligations and confer rights which others may claim, *rules* must already exist providing that a state is bound to do whatever it undertakes by appropriate words to do.<sup>23</sup>

(c) The practice of international law is at variance with the self-limitation doctrine. "Thirdly, there are the facts".<sup>24</sup> These only "can show whether this view is correct or not".<sup>25</sup>

As a matter of fact, in international law there are cases where a State is bound independently from any consent of the party bound. These are at least two:

(i) "The case of a new state" - which is bound by the general obligation of international law; (ii)

The state acquiring territory or some other change, which brings with it, for the first time, the incidence of obligations under rules which previously it had no opportunity either to observe or break, and to which it had no occasion to give or withhold consent.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Hart (1994: 223-224).

<sup>22</sup> Hart (1994: 224).

<sup>23</sup> Hart (1994: 225). Italics are in the text.

<sup>24</sup> Hart (1994: 225).

<sup>25</sup> Hart (1994: 226).

<sup>26</sup> Hart (1994: 226).

This is, for instance, the case of a State acquiring access to the sea and becoming subject to the law of the sea provisions.

Hart in a further move singles out a set of features of international law which makes this different from morality. Hart thus intends to object against both natural law doctrines and especially against John Austin's view of international law in terms of "positive morality".

(a) A first point is the difference between legal and moral sanctions. Morality's sanction is appeal to the individual conscience, leading to feelings of guilt or shame. The same does not apply to international law.

(b) The second point is the moral indifference of international law.

A more important ground of distinction is the following. The rules of international law, like those of municipal law, are quite indifferent. A rule may exist because it is convenient or necessary to have some clear fixed rule about the subjects with which it is concerned, but not because any moral importance is attached to the particular rule.<sup>27</sup>

(c) A third point is that while international law is based more or less on will and change, morality is not. While "there is nothing in the nature of international law which is inconsistent with the idea that the rules might be subject to legislative change", "the very idea of change by human legislative fiat is repugnant to the idea of morality".<sup>28</sup> Thus morality - accordingly to Hart - , differently from law, cannot be just matter of will or decision; a view actually somehow at variance with his proclaimed metaethical non-cognitivism.

(d) Nonetheless, the fourth point seems to centre around a further declaration of a non-cognitivist epistemology. There is - he says - no moral obligation from which we could simply infer international law. Moral obligation does not lay at the root of international law.

Following Hart's arguments up to this point it would seem that he recommends a non-sceptic view towards international law - which in other terms means that international law "really" is law and that it is or can be fully binding on States. However, Hart's conclusions do not take this direction.

Hart's strategy is to assess whether international law is a complex "system", consisting of both primary and secondary rules, and not just a mere "set" of only primary rules. There is no permanent compulsory jurisdiction in international law - points out Hart. Therefore, we cannot affirm that there is anything close to rules of adjudication concerning international law. There is not any permanent law-making body either. Accordingly there cannot be any rule of change. Finally, since we do not find any well established body of fundamental international legal rules, we should also conclude that there is no international rule of recognition.

<sup>27</sup> Hart (1994: 229).

<sup>28</sup> Hart (1994: 230).

The presence, however, of secondary rules, in addition to primary rules, is a necessary condition for a developed legal system. A mature system of law - says Hart - is one structured along a functional hierarchy of rules. Otherwise, we will have to deal with under-developed, primitive legal phenomena, which do not even deserve to be qualified as "systems". They are only (static) "sets" of rules, without any clear coordination and hierarchy and with a very low degree of determinacy. Such (primary and secondary) rules to be valid are only to be accepted without necessity of recurring to a reflexive standard such as the rule of recognition.

In the simpler form of society we must wait and see whether a rule gets accepted as a rule or not; in a system with a basic rule of recognition we can say before a rule is actually made, that it *will* be valid *if* it conforms to the requirements of the rule of recognition.<sup>29</sup>

We could however ask whether it is true that acceptance of a rule is practicable without a previous recognition of the rule itself. We could further wonder whether such problem is solved once it is transposed at the level of the "rule of recognition", which - according to Hart - can only be *used* but cannot be identified from the internal point of view, so that the existence of the rule of recognition can only be a question for the external point of view.<sup>30</sup> We could also object that a mere acceptance of (primary) rules as it would be the case of primitive legal orders is not very far from a mere convergence of conducts, thus transforming a normative practice into a simple habit - a move - as we know - actually criticised by Hart himself.

Be that as it may, what is important for us today is that Hart, by denying that international law comprises secondary rules, condemns it to be considered a "primitive" system of law, something - I would like to stress - which is not so different from what John Austin had called "positive morality", a form of "law not properly so called" - as he used to say.

"There is no basic rule providing general criteria of validity for the rules of international law" - says Hart trenchantly.<sup>31</sup> There are however "the rules providing for the binding force of treaties", but these are judged to "constitute not a *system* but a *set* of rules".<sup>32</sup> Which means that for him, as for Austin, international law is not "really" law; actually a sad and somewhat disturbing last word. Is then John Bolton, U. S. Sub-Secretary of State for arms control eventually right?

In a *Post-script* to his book *The Concept of Law*, written more than twenty years after its first publication, Hart tries to reply to Ronald Dworkin's formi-

<sup>29</sup> Hart (1994: 235). Italics are in the text.

<sup>30</sup> Hart (1994: 108-109).

<sup>31</sup> Hart (1994: 236).

<sup>32</sup> Hart (1994: 236). Italics are mine.

dable attack against his philosophy of law. In particular, Hart tries to include in the legal domain, in addition to rules, principles as well. He thus affirms that the rule of recognition can consist of or contain moral principles. I cannot enter here into the subtle controversy connected with this point. I would only draw your attention to the fact that, once the rule of recognition consists of principles, one of Hart's main objections against the full legality of international law should be dropped, that is, that there are no *rules* building up an international rule of recognition. This now however - once one accepts that the rule of recognition can consist also of principles and not merely of rules) - could be offered by (moral) principles. As a matter of fact, the supreme rule of validity, actually the rule of recognition, of international law is said by doctrine to be given by two basic *principles*: *consuetudo est servanda* (one ought to follow customary rules); and *pacta sunt servanda* (agreements are to be followed). Then, there is perhaps still hope for international law.

Let me conclude. Traditionally the law is conceived as a hierarchical experience. This mainly happens in two ways. (i) First, the law is seen as the matter of orders and sheer obedience or the matter of overwhelming power and unjustified allegiance, backed (motivated) by force and violence. (ii) Second, the law is conceived as an experience reserved as articulate reasoning only to a special class, an elite - we might say - of society members, "officials". (iii) There is however a further, third way of thinking the law in hierarchical terms: this is to construct it as a system built up along different levels of rules related the one to the other as a superior to the inferior.

Now, Hart strongly objects to the first way. "Too much that is characteristic of law is distorted - he says - by the effort to explain" it in the simple terms of a threat, or of obedience.<sup>33</sup> Nonetheless, Hart's idea that a mature system of law cannot be explained but in terms of "secondary rules" and that such rules establish an agency endowed with a final say about the meaning of law refers at the end of the day to some kind of power or "discretion" which is not so far away from the traditional notion of command.

As far as the second way is concerned, by saying that the rule of recognition holds only in so far as officials, not the generality of citizens are concerned.<sup>34</sup> Hart makes legal obligation only a matter for a special body of agents. He thus reintroduces a sharp hierarchy between officials as superiors and citizens as inferiors.

The third and final way in which he intends to reassert and reformulate it is through the distinction between primary and secondary rules and the notion of a rule of recognition. Whether he does so successfully or not I have tried to question in this paper.

<sup>33</sup> Hart (1994: 155).

<sup>34</sup> Hart (1994: 114-115).

**References**

- John AUSTIN, 1954: *The Province of Jurisprudence Determined*. With an introduction by H. L. A. Hart. London: Weidenfeld & Nicolson.
- Herbert L.A. HART, 1994: *The Concept of Law*. 2nd edition, with a Postscript ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press.
- Karl OLIVECRONA, 1943: *Europa und Amerika*. Berlin: Junker und Dünnhaupt.
- Alf ROSS, 1966: *The United Nations: Peace and Progress*. Totowa, N. J.: Bedminster Press.
- Kenneth I. WINSTON, 2001: *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart Publishing.

*Synopsis***Massimo La Torre****The Hierarchical Model and H. L. A. Hart's Concept of Law**

SLOV. | *Hierarhični model in Hartov pojem prava*. Pravo običajno povezuje s prakso ukazovanja in hierarhičnostjo. Zdi se, da bi pravno pravilo moralo nemudoma vzpostaviti razmerje nadrejenosti in podrejenosti. Takšnemu hierarhičnemu in avtoritarnemu razumevanju prava pa je mogoče oporekati, ko enkrat fenomenologijo pravila preučujemo s pogledom od znotraj, tj. z vidika tistih, za katere lahko rečemo, da pravilo »uporabljajo« in mu niso »podrejeni«. V prakso usmerjen pristop bi tako lahko pravni teoriji odprl bolj liberalno, in manj ozkogledno ter ideološko pot. Kot v tem članku zatrjuje avtor, je to tudi program oziroma obljuba, ki jo najdemo v Herberta Harta temeljnem delu *Koncept prava*. Članek to obljubo osvetljuje, ne da bi se skušal izogniti slepim pegam Hartove naracije in argumentativne strategije.

**Ključne besede:** mednarodno pravo, pravila prava, pravilo o pripoznanju, imperativizem, normativizem, realizem, pogled od znotraj

ENG. | Law is traditionally related to the practice of command and hierarchy. It seems that a legal rule should immediately establish a relation between a superior and an inferior. This hierarchical and authoritarian view might however be challenged once the phenomenology of the rule is considered from the internal point of view, that is, from the stance of those that can be said to "use" rather than to "suffer" the rules themselves. A practice oriented approach could in this way open a more liberal, and also somehow less parochial and ideological, road for legal theory. This is - it is argued in the paper - the programme, or better, the promise we can find in Herbert Hart's main work, *The Concept of Law*. The article tries to render this promise more transparent, without nonetheless eschewing the blind sides of its narrative and argumentative strategy.

**Keywords:** international law, rules of law, rule of recognition, imperativism, normativism, realism, internal point of view

*Massimo La Torre* is a Professor in Philosophy of Law at the Law School of Magna Graecia University in Catanzaro (Italy) and at the Hull University Law School (United Kingdom). | Address: Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro, Viale Europa, Loc. Germaneto, 88100, Italy. E-mail: mlatorre@unicz.it