

Jean-François Kervégan

UNE DÉFENSE DU POSITIVISME JURIDIQUE

Il y a vingt ans, j'ai publié un article dans lequel je soutenais que l'idéalisme allemand, en l'occurrence la philosophie de Hegel, avait produit ou permettait de produire, au moyen d'une certaine stratégie de reconstruction, des arguments en faveur du positivisme juridique<sup>1</sup>. J'étais évidemment parfaitement conscient de ce que le propos avait de paradoxal. En effet, s'il est un trait commun à toutes les variantes du positivisme juridique, c'est bien le rejet du droit naturel, qu'un des grands juristes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle, maître de ce qu'on appelait la *Begriffsjurisprudenz*, qualifiait de « mauvaise herbe à arracher sans pitié »<sup>2</sup>. Or Kant et les post-kantiens non seulement n'ont pas abandonné le programme du droit naturel moderne, ils l'ont même en un certain sens durci en proclamant que le « droit rationnel » ou, comme ils le nomment aussi, le « droit philosophique » est l'unique fondement de légitimité du droit positif ; la polémique menée par Hegel au § 3 des *Principes de la philosophie du droit* contre les chefs de file de l'École historique du droit, Hugo et Savigny, est révélatrice d'un clivage qui allait se durcir encore avec le développement du positivisme « scientifique » au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'occasion de la codification du droit civil et pénal, illustration d'un modèle que l'on qualifiera plus tard de légicentriste.

Si néanmoins j'osais faire de Hegel le « précurseur » en même temps que le « juge » du positivisme juridique, c'est-à-dire d'une conception du droit dont il n'a pas connu l'épanouissement et le triomphe, et qui semble éminemment « anti-philosophique », c'est avant tout parce que la conception de la rationalité qui est celle du hégélianisme implique un rapport entre raison et positivité différent de celui que mettaient en œuvre les doctrines antérieures du droit naturel « empiriste » ou « formaliste », pour employer la terminologie de l'article de 1802 sur le droit naturel. La conviction spéculative (empiriquement non vérifiable) selon laquelle *die Vernunft ist gegenwärtig* – la raison est présente (dans le monde des hommes) – et la thèse selon laquelle la loi, « raison de la

---

1. J.-F. Kervégan, « Raison philosophique et positivisme juridique », *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, 13, 1989, p. 47-68.

2. B. Windscheid, *Über Recht und Rechtswissenschaft*, Greifswald, 1854, p. 9.

*Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010*

Chose » (*Vernunft der Sache*)<sup>3</sup>, est une manifestation éminente de cette présence du rationnel au sein de l'effectif me paraissaient de nature à instituer, ou en tout cas à rendre possible un nouveau rapport entre la rationalité « méta-positive » dont la philosophie (ou un certain type de philosophie) se veut la mise en œuvre et la positivité des prescriptions du droit, de même qu'un nouveau rapport entre la fonction cognitive et la fonction normative de la raison.

À l'époque, j'avais appuyé ma démonstration sur la lecture de positivistes allemands du XIX<sup>e</sup> siècle, mais aussi de J. Austin (celui des *Lectures on Jurisprudence*) et du premier Kelsen et, du côté de la philosophie, sur Hegel. Je n'avais donc pris en compte ni les développements postérieurs de la théorie juspositiviste, en particulier chez Herbert Hart, ni les autres auteurs formant la galaxie, tout de même fondamentalement homogène, de l'idéalisme allemand. Elle était donc incomplète, et s'exposait toujours à l'objection massive : soit, mais alors pourquoi le juspositivisme est-il si méfiant à l'égard de la philosophie, et tout particulièrement de ces philosophies dont je voulais faire, à leur corps défendant, des justifications d'un certain type de positivisme ? La construction pouvait sembler bien alambiquée. Il me semble aujourd'hui, alors que je suis sans doute plus acquis à une conception positiviste du droit que je ne l'étais alors (pour des raisons sur lesquelles je vais revenir), que ma démonstration était incomplète. En effet, ce n'est pas seulement en raison de la conception extensive de la rationalité qui est la sienne (ceci vaut d'ailleurs principalement pour Hegel, mais pas, ou pas dans les mêmes termes, pour Kant ou pour Fichte) que l'idéalisme allemand peut alimenter de façon intelligente le positivisme, c'est aussi parce qu'il est le premier courant philosophique à avoir affronté sérieusement le problème de la différenciation des systèmes normatifs. Je m'explique. Dans les sociétés traditionnelles ou pré-modernes, qui sont des sociétés homogènes sur le plan culturel, religieux et moral, il paraît aller de soi que les diverses catégories de normes que les individus et les groupes sociaux sont appelés à respecter et à mettre en œuvre apparaissent homogènes et soient considérées comme émanant d'une unique source : par exemple, la loi divine sera considérée, dans une perspective thomiste, comme principe ultime de légitimité de la loi naturelle aussi bien que de la loi humaine, et, peut-on ajouter, aussi bien des préceptes « internes » de la morale que des règles « externes » du droit. La théorie classique du droit naturel, celle de Grotius, de Pufendorf ou de Wolff, est l'illustration de cette conception unitaire ou unifiée de la normativité, qui revient à faire en dernière instance des commandements religieux, qui se transcrivent dans la raison des créatures en normes morales, la base ou le

---

3. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, PUF, 2003, Préface, p. 99.

fondement des règles juridiques et aussi (au contraire de ce qu'explique Machiavel) de l'art politique. Pour le dire vite : dans le droit naturel moderne, à de rares exceptions près (Thomasius en est une), et tout particulièrement chez les auteurs précités, le droit naturel s'identifie au corps des préceptes moraux que la raison fait connaître à l'homme ; de la sorte, le droit positif s'enracine naturellement dans un corps de vérités morales qui sont la source et la mesure de la validité des normes qu'il pose.

L'idéalisme allemand est le premier courant philosophique à avoir pris au sérieux le processus de différenciation des systèmes normatifs qui conduit les sociétés contemporaines à pratiquer au quotidien ce polythéisme des valeurs dont parlait Weber à un moment où la « guerre des dieux » n'était encore qu'une perspective inquiétante. Il l'a fait en tentant, avec Kant, avec Fichte, avec Hegel, de définir la spécificité des normes juridiques en regard des normes morales ou éthiques (la terminologie n'est pas la même, par exemple, chez Kant et Hegel, mais l'idée est constante). La philosophie classique allemande, malgré sa thèse puissante de l'unité de la raison, et en particulier de la raison théorique et de la raison pratique, a joué un rôle majeur dans le découplage du droit et de l'éthique, en proclamant que la validité des normes réglant le comportement extérieur est indépendante de l'adhésion intérieure (morale) des sujets à ces normes : les principes du droit sont indépendants de ceux de la morale ou de l'éthique et jouissent d'une égale dignité. Cette position est illustrée, chez Kant, par la division de la *Métaphysique des Mœurs* en une doctrine du droit (*Rechtslehre*) et une doctrine de la vertu (*Tugendlehre*) et, chez Fichte, par le quasi-parallélisme du « droit naturel » et de « l'éthique ». À vrai dire, il s'agit surtout pour ces auteurs d'affirmer l'autonomie du droit à l'égard de la normativité éthique (ou morale). Fichte affirme par exemple que la « doctrine philosophique du droit » ne doit pas être un « chapitre de la morale » : elle est « une science propre et autonome »<sup>4</sup>.

Or ce découplage du droit et de la morale est également au cœur du dispositif juspositiviste standard. D'un point de vue positiviste, éthique et droit constituent deux sphères normatives indépendantes, dont chacune dispose de critères propres de validité et d'une consistance propre (clôture normative). Il y a toutefois une différence essentielle : en éthique, il n'y a pas de normes « positives », puisqu'il n'existe pas de norme fondamentale ou de règle de reconnaissance unique et repérable, et par conséquent pas d'ordre normatif autonome et seul valide. Au droit (au singulier) font face différents systèmes de normes éthiques, dont chacun est susceptible d'élever une prétention (relative) à la validité. Il faut donc maintenir une rigoureuse séparation entre eux. Dans un article fameux, repris en substance dans une note de *The Concept*

---

4. J. G. Fichte, *Fondement du droit naturel*, PUF, 1984, p. 26.

*Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010*

of Law, H. L. A. Hart note que cette affirmation peut d'ailleurs recouvrir deux thèses distinctes : 1. il n'y a pas de lien nécessaire entre droit et morale, ou entre ce que le droit est et ce que l'on souhaiterait qu'il soit ; 2. on ne peut formuler des jugements moraux sur la base d'une argumentation ou d'une démonstration rationnelle (cette position correspond à ce que l'on nomme le « non-cognitivism éthique »)<sup>5</sup>. Kelsen par exemple soutient les deux thèses : il affirme d'une part que le droit, en tant qu'ordre de contrainte, est structurellement différent de la morale<sup>6</sup>, et d'autre part que le relativisme moral est inéluctable<sup>7</sup>. Il y a donc chez lui une absolutisation de la thèse séparationniste (*hard positivism*). Pour sa part, Hart incarne une version plus souple du positivisme (*soft positivism*), selon laquelle ni la première, ni la seconde thèse ne sont vraies sans restrictions<sup>8</sup>. En ce qui concerne le caractère indémontrable des jugements moraux, il fait observer que le rejet de la thèse non-cognitivistique n'atténue aucunement la séparation du droit et de l'éthique : « laws, however morally iniquitous, would still be laws »<sup>9</sup>. Mais Hart concède l'existence d'un « recouvrement partiel entre obligations juridiques et morales »<sup>10</sup>. Naturellement, les règles morales possèdent certains caractères formels qui les distinguent des normes juridiques. Il y a cependant entre les unes et les autres une zone grise qui autorise à parler d'un « noyau de bon sens inhérent à la doctrine du droit naturel »<sup>11</sup>.

À l'intérieur du camp positiviste, la divergence ne concerne pas la seconde thèse (sceptique), celle qui conteste la « vérité » des énoncés éthiques, mais la première, celle qui concerne la séparation du droit et de l'éthique. Même dans une optique positiviste, cette séparation peut être interprétée de façon diverse, en sorte que l'écart à première vue radical entre positivisme juridique et jusnaturalisme peut se réduire à cet égard de manière significative. En effet, la thèse « séparationniste » peut parfaitement être acceptée et justifiée dans une perspective kantienne. Que, chez Kant, toutes les obligations juridiques

---

5. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 301 ; « Positivism and the separation of laws and morals », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford UP, Clarendon Press, 1983, p. 49-87, en particulier p. 56-57.

6. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant/LGDJ, 1999, p. 70 ; *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 71.

7. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 71-72.

8. Voir H. L. A. Hart, « Postscript », in *The Concept of Law*, Second edition, Oxford UP, 1994, p. 250-254 ; Hart introduit cette distinction en guise de réponse aux critiques de Dworkin.

9. H. L. A. Hart, « Positivism and the separation of laws and moral », in *Essays*, p. 84.

10. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, p. 206 ; « Positivism and the separation of laws and moral », in *Essays*, p. 81.

11. *Ibid.*, p. 238.

soient *eo ipso* des obligations éthiques ne signifient aucunement qu'elles cessent d'être des normes du *droit* ; cela signifie simplement que c'est une norme générale de l'éthique qu'il faut suivre les prescriptions juridiques<sup>12</sup>. Certes, la thèse suivant laquelle il n'existe pas de « vérités éthiques » est à première vue incompatible avec la philosophie pratique de Kant. Habermas a d'ailleurs affirmé que toutes les éthiques cognitivistes se rattachent à celle de Kant<sup>13</sup>. Toutefois, si l'on prend en compte le fait que la *Critique de la raison pratique* récuse toute « éthique matérielle » et y substitue un principe « formel » ou « procédural »<sup>14</sup> (que Apel et Habermas baptisent le « principe U »), une variété de non-cognitivism – et par conséquent une interprétation assez forte du positivisme – paraît compatible avec sa perspective. Ainsi, le rapprochement à première vue incongru du positivisme et de l'idéalisme allemand nous en dit plus sur le lieu théorique véritable du positivisme que ce qu'il est prêt à reconnaître lui-même.

Bien qu'il domine depuis près de deux siècles la théorie du droit euro-américaine, le positivisme juridique a constamment été contesté chez des juristes et plus encore chez des philosophes. Ses adversaires traditionnels sont les tenants d'un droit naturel néo-aristotélicien ou néo-thomiste (comme Villey ou McIntyre) et les adversaires de la perversion moderne du droit naturel classique (Leo Strauss et son école). En Allemagne, durant la République de Weimar, des juristes de premier plan comme Carl Schmitt ou Rudolf Smend ont contesté avec virulence la « doctrine dominante » incarnée par Anschütz, Thoma et Radbruch. Aux États-Unis, le développement du *legal realism* (à partir d'O. W. Holmes et de K. Llewellyn)<sup>15</sup> peut également être interprété comme une réaction contre un positivisme nourri, dans le monde anglo-saxon, par l'enseignement benthamien et austinien. Toutefois, il est incontestable que, dans le domaine du droit, la réaction antipositiviste n'acquiert toute sa puissance qu'à partir de 1945. Le contexte de cette « renaissance du droit naturel », comme on l'a nommée, est bien connu. L'expérience des crimes de masse commis par le régime hitlérien sous l'étendard de la légalité réveilla chez nombre de juristes la vieille idée, inacceptable pour des positivistes, selon laquelle le droit peut être injuste et la légalité illégitime. Dans un article

---

12. Voir E. Kant, *Métaphysique des Mœurs*, Introduction, GF-Flammarion, 1994, p. 170-171 : « Ce n'est pas un devoir de vertu que de tenir sa promesse, mais c'est un devoir de droit, à l'accomplissement duquel on peut être contraint ».

13. J. Habermas, *Morale et communication*, Ed. du Cerf, 1996, p. 64 et 99.

14. Voir E. Kant, *Critique de la raison pratique*, GF-Flammarion, 2003, p. 139-141.

15. Voir O. W. Holmes, *The path of the law* (1897), in *Collected legal Papers*, New York, Harcourt, Brace & Howe, 1920 ; K. Llewellyn, *A realistic jurisprudence. The next Step*, New York, 1930 ; Id., *The Bramble Bush. On our law and its study*, New York, 1930.

marquant publié en 1947, Gustav Radbruch, un positiviste repent, déclare la guerre au positivisme juridique, au motif que le mot d'ordre *Gesetz ist Gesetz* (la loi, c'est la loi !) avait couvert et pour une part rendu possible la criminalité légale de l'État nazi. D'un point de vue positiviste, écrit-il, des concepts comme ceux d'injustice légale ou de droit injuste sont « des contradictions dans les termes »<sup>16</sup>. Le positivisme a ainsi « privé les juristes allemands de toute défense face à des lois arbitraires et criminelles » ; il n'était pas en mesure, en effet, de « fonder par ses propres moyens la validité des lois », parce qu'il croyait « avoir prouvé la validité d'une loi par le simple fait qu'elle avait eu le pouvoir de s'imposer ». Mais « le pouvoir peut peut-être servir de fondement à un 'il faut' (*es muss*), mais en aucun cas à un "on doit" (*man soll*) »<sup>17</sup>. Ne tenons pas compte du fait avéré que, parmi les juristes, la plupart des positivistes déclarés, dont le premier Radbruch lui-même, furent des adversaires résolus de la « révolution national-socialiste », alors que toute une série d'antipositivistes (comme Carl Schmitt) y apportèrent une contribution zélée. Plus significatif encore est le fait que, contrairement à ce qu'affirme Radbruch en 1946, le positivisme n'est absolument pas impuissant face à un ordre fondé sur la terreur, puisque sa conviction profonde était que le règne de la loi (positive) ne se justifie que dans la mesure où cette loi incarne la raison publique. Une raison publique qui ne soit ni publique, ni rationnelle : voilà qui était inconcevable pour les juristes positivistes avant que le droit nazi n'incarne cette monstruosité. Ainsi, le positivisme juridique n'est pas un culte aveugle de la puissance ; il incarne plutôt la sobre conviction selon laquelle, en l'absence de vérités et de normes éthiques et politiques incontestables, les procédures formalisées du droit sont le seul moyen qui permette une coexistence pacifiée au sein d'une société ouverte.

La question a cependant été rouverte, ces dernières années, par certains théoriciens du droit et philosophes. Peut-on établir la validité de normes juridiques, voire de l'ordre juridique lui-même, sans prendre appui sur des normes et des arguments de nature supra-juridique ? Une société de droit est-elle véritablement en mesure de subsister sans s'appuyer sur des vérités morales et politiques « substantielles » ? Un positivisme neutre quant aux valeurs est-il susceptible de garantir la cohésion non pas même éthique, mais déjà juridique d'une société plurielle ? De telles questions sont posées avec force par des auteurs comme Ronald Dworkin et Jürgen Habermas. De mon point de vue, ces questions, ainsi que les réponses qu'y apportent les auteurs précités, s'inscrivent dans un cadre néo-jusnaturaliste, dans la mesure où elles

---

16. G. Radbruch, « Injustice légale et droit injuste », *Archives de philosophie du droit*, 39, 1995, p. 307.

17. *Ibid.*, p. 312-313.

impliquent de revenir sur l'axiome de séparation ; ce néo-jusnaturalisme présente, bien entendu, des traits fort différents de ceux de la théorie classique du droit naturel, celle des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles, ainsi que de sa reformulation par la philosophie classique allemande. Mais les traits fondamentaux sont bien là. Habermas, par exemple, déclare qu'il s'agit pour lui de procéder à une reconstruction des « bases morales du droit positif »<sup>18</sup> ; celle-ci, on le sait, adopte la forme d'une reconstruction de la doctrine du droit naturel dans les termes d'une théorie procédurale. De son côté, Dworkin part du principe que les individus « ont des droits moraux envers l'État »<sup>19</sup>. Il paraît donc clair que ces deux auteurs réputés poursuivent d'une certaine manière la tradition jusnaturaliste, au moins en ce qu'ils maintiennent un lien étroit entre droit et morale. Dans ce qui suit, je vais m'attacher en particulier à la version contemporaine de l'anti-positivisme qui a sans doute le plus d'écho parmi les juristes, celle qu'incarne Dworkin.

Ronald Dworkin procède à une remise en cause radicale du positivisme qui domine aussi la culture juridique américaine. Son but affiché est de « lancer une attaque générale contre le positivisme »<sup>20</sup>. Qu'il prenne la forme de la théorie utilitariste-impérativiste de Bentham et de J. Austin (le droit est ce que le souverain décide pour le plus grand bonheur du plus grand nombre) ou la figure raffinée du modèle hartien des règles (le droit est une union de règles primaires-matérielles et secondaires-formelles, lesquelles doivent les unes et les autres être acceptées en tant que règles<sup>21</sup>), le positivisme juridique repose sur une conviction fondamentale : celle selon laquelle « le droit existe en vertu d'un acte humain ou de décisions humaines »<sup>22</sup>. Selon Dworkin, cette conviction est fautive et dangereuse, car elle exclut l'idée que « des droits juridiques pourraient préexister à toute forme de législation »<sup>23</sup> ; or les constructions jusnaturalistes justifiaient précisément cette idée, même si c'était sous une forme inadéquate. Par voie de conséquence, Dworkin se réclame (avec une certaine prudence) de la tradition du droit naturel : la théorie du droit qu'il propose (avec son noyau, la *rights thesis*, la thèse des droits)

---

18. J. Habermas, *Droit et morale*, Seuil, 1997, p. 86.

19. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 235.

20. *Ibid.*, p. 79.

21. Voir H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, p. 111 : la validité d'une règle quelconque repose sur « l'intensité de la pression sociale » en faveur de son acceptation.

22. R. Dworkin, *A matter of principle*, Harvard UP, 1985, p. 131 [*Une question de principe*, p. 167 (trad. mod.)]. Ceci correspond au premier critère du positivisme juridique selon Hart (*Le concept de droit*, p. 301).

23. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, p. 44.

s'accompagne de l'idée que « le droit peut en un sens être naturel »<sup>24</sup>. C'est à tort que le positivisme juridique nie (mais le nie-t-il ?) que « les individus puissent avoir des droits contre l'État »<sup>25</sup> ; de tels droits existent bel et bien, et ce sont des « droits moraux contre l'État »<sup>26</sup>, des droits qui « sont *naturels* au sens où ils ne sont pas le produit d'une quelconque législation ou convention »<sup>27</sup>. Cette réfutation des principes positivistes conduit Dworkin à relativiser le dogme de la séparation du droit et de la morale et à affirmer qu'il y a un « recoupement », voire une « fusion », des questions juridiques et morales<sup>28</sup>.

Cette vigoureuse attaque contre le positivisme se fonde plus précisément (et plus « techniquement ») sur l'impuissance qui lui est imputée à résoudre les *hard cases*, les « cas difficiles » dans lesquels le droit existant paraît fournir des réponses controversées, voire contradictoires. L'existence de tels cas rend manifeste la nécessité de transgresser la thèse de séparation positiviste, car ils supposent, pour être tranchés, le recours à des arguments qui ne se situent pas sur le terrain du droit positif. La « thèse des droits » est, pour Dworkin, en mesure de fournir une telle solution. Grâce à la distinction qu'il fait entre règles (*rules*) et principes (*principles*), Dworkin aboutit à l'idée que les cas difficiles soulèvent « une question de principe ». En effet, ce sont des cas qu'on ne peut résoudre en s'appuyant sur des règles juridiques ou des objectifs politico-sociaux, mais seulement en se fondant sur des « principes ». À la différence des règles de droit positives et des *policies* utilitaristes, un principe est un critère (*standard*) dont l'observation est « une exigence dictée par la justice, l'équité, ou quelque autre dimension de la morale »<sup>29</sup>. De tels principes, auxquels il est parfois *nécessaire* de se référer dans la pratique juridique, sont manifestement d'origine morale. Mais peuvent-ils aussi être considérés comme des principes *juridiques* ? Tout dépend de la manière dont on définit ce qu'est le droit. Dans une optique positiviste, les « principes » de Dworkin n'ont rien à voir avec le droit ; ils n'ont donc pas à être pris en considération dans le raisonnement juridique, car ils reflètent des convictions morales ou religieuses personnelles. Pour Dworkin, au contraire, un principe moral peut être regardé comme un principe juridique « s'il joue un rôle dans la théorie du droit la plus pertinente qui peut être fournie pour justifier les règles stables et institution-

---

24. *Ibid.*, p. 41.

25. *Ibid.*, p. 43.

26. *Ibid.*, p. 233 et 235.

27. *Ibid.*, p. 270.

28. *Ibid.*, p. 237 et 294.

29. *Ibid.*, p. 80.



nelles substantielles »<sup>30</sup>. Les principes sont donc des composantes métapositives nécessaires d'une reconstruction, faite du point de vue de la théorie du droit, de la « meilleure » solution judiciaire qui puisse être apportée aux cas difficiles ; c'est cette solution que choisirait un « juge philosophe », présumé omniscient, auquel Dworkin donne le nom d'Hercule. La nécessaire prise en compte de principes supra-positifs dans la théorie comme dans la pratique du droit conduit à une extension du concept positiviste du droit : « aux États-Unis au moins, le “droit” inclut des principes aussi bien que des règles »<sup>31</sup>. Mais, une fois admis que les principes ne sont pas autre chose que la déclaration de droits moraux et politiques individuels (« Les principes sont des propositions qui décrivent des droits »<sup>32</sup>), le concept étendu du droit transgresse forcément la frontière séparant droit, morale et politique. Les questions de principe sont des questions de *political morality*. Bien entendu, de telles questions sont controversées. Mais il ne s'agit pas de découvrir la « bonne » définition de la morale politique, mais plutôt de dégager la meilleure combinaison possible de tels principes moraux en vue de justifier la résolution des cas de manière cohérente avec la loi positive et avec la jurisprudence existante.

Par conséquent, Dworkin veut remplacer les théories dites « sémantiques » du droit par une conception herméneutique. Par théorie sémantique, il désigne une théorie selon laquelle « les juristes suivent certains critères linguistiques pour juger les propositions de droit »<sup>33</sup>. Le fait qu'il inclue dans cette définition la théorie classique du droit naturel aussi bien que le positivisme juridique<sup>34</sup> montre, à mon sens, qu'il désigne par là les théories *substantielles* du droit, c'est-à-dire des théories qui font dépendre la validité des normes positives de la définition des concepts se situant au degré le plus élevé de la théorie du droit. À l'inverse, la théorie *herméneutique* qu'il défend lui-même considère que les conceptions du droit ne doivent pas être présentées comme des définitions substantielles des concepts juridiques, mais comme « une interprétation fondationnelle satisfaisante de la pratique juridique »<sup>35</sup>. On aboutit ainsi à la fameuse analogie que fait Dworkin entre droit et littérature<sup>36</sup>. La résolution des *hard cases*, pour laquelle il faut prendre en considération l'état complet de la législation et de la jurisprudence, a

---

30. *Ibid.*, p. 134 (trad. modifiée).

31. *Ibid.*, p. 88.

32. *Ibid.*, p. 165.

33. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard UP, 1986, p. 32 [*L'Empire du droit*, PUF, 1994, p. 34].

34. R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 33-37 [*L'Empire du droit*, p. 35-39].

35. R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 100 [*L'Empire du droit*, p. 114].

36. R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 171 sq. et 184 sq.

*Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010*

quelque chose à voir avec un jeu littéraire dans lequel différents écrivains doivent poursuivre une histoire dont le récit a été commencé par d'autres ; pour sa part, la théorie du droit offre une certaine similitude avec la critique littéraire qui tente de définir la meilleure parmi les diverses suites possibles du récit. Ce n'est pas la cohérence syntaxique, ni l'exactitude sémantique, mais la « consistance narrative »<sup>37</sup> qui est ici le critère principal. Dans cette « chaîne complexe »<sup>38</sup>, aucun des « écrivains » n'est bien sûr entièrement libre ; il doit prendre en compte « l'intégrité et la cohérence du droit considéré comme une institution »<sup>39</sup>. En d'autres termes, il s'agit pour lui de privilégier en chaque occasion l'esprit des lois ou, dans le vocabulaire de Dworkin, « *the law as integrity* » : la loi en son intégrité et son intégralité<sup>40</sup>. Pour ne pas être suspecte d'arbitraire, chaque décision singulière doit prendre en compte le droit en son *intégralité synchronique et diachronique* et reposer sur une élucidation pertinente et convaincante de « l'esprit du tout », comme disait Hegel.

Nous comprenons maintenant pourquoi le juge-philosophe de Dworkin se nomme Hercule. Ce n'est pas seulement parce qu'il jouit de capacités plus qu'humaines mais aussi, d'après moi, parce qu'il est subtil et pénétrant comme le héros favori d'Agatha Christie. Il est en effet celui qui est capable de reconstruire de manière linéaire et sensée une histoire qui nous est parvenue sous une forme lacunaire. Toutefois, nous savons bien qu'Hercule Poirot a coutume de fournir diverses versions du récit criminel, en particulier en « racontant des histoires » aux intéressés, avant de parvenir à la vérité et de découvrir le coupable. C'est exactement le cas du « super-juge » de Dworkin, à mon sens. De fait, l'invocation du « discours moral » du droit pourrait ouvrir la porte à l'arbitraire et à la fantaisie des jeux littéraires ; on n'est pas loin des cadavres exquis... C'est ainsi qu'Hercule se voit donner le droit, pour découvrir la décision juste (c'est-à-dire celle qui est juridiquement, politiquement et moralement la meilleure), d'« évacuer une certaine part de l'histoire institutionnelle [*i.e.* de la jurisprudence] en la considérant comme une erreur »<sup>41</sup>. Mais il peut aussi parfois considérer que « la morale de la communauté est en ce cas précis inconsistante » et prendre, à l'encontre de celle-ci, une « décision politique »<sup>42</sup>. Le juge a le droit, parfois même l'obligation de *mentir* « s'il décide que les raisons livrées par les droits moraux d'arrière-plan sont si fortes qu'il

---

37. *Ibid.*, p. 176 sq.

38. *Ibid.*, p. 199.

39. *Ibid.*, p. 203.

40. Voir R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 225-275 [*L'Empire du droit*, p. 247-301].

41. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, p. 199.

42. *Ibid.*, p. 208 et 209.

a une obligation morale de faire tout ce qui est en son pouvoir pour appuyer ces droits »<sup>43</sup> ! À lire ceci, on ne peut se défendre de penser que la seule règle à laquelle Hercule est tenu est de faire en toute circonstance confiance à son « intime conviction » subjective. C'est là une théorie du droit assez périlleuse. La *complex chain enterprise* pourrait en certains cas ressembler à ce qui se donne à lire dans le roman d'Italo Calvino, *Si par une nuit d'hiver un voyageur...* : une succession parfaitement logique de récits qui n'ont absolument aucun rapport entre eux. Une telle entreprise est-elle arbitraire ? Sans aucun doute, mais il faut reconnaître qu'elle est en cohérence avec une conception du droit qui s'attache à rechercher « une forme de droit plus pure que celle dont nous disposons »<sup>44</sup>.

Face aux errements auxquels risque de conduire l'herméneutique juridique très libre de Dworkin, il me paraît souhaitable de rappeler sur quels arguments repose, chez Kant (mais aussi chez Fichte et Hegel), la thèse de la séparation du droit et de la morale (dans son vocabulaire : de l'éthique). Non pas, bien entendu, pour faire de Kant un « précurseur » du positivisme juridique, mais pour suggérer qu'un positivisme philosophiquement mûr peut recourir à des arguments provenant de cette tradition philosophique, et pas seulement (comme c'est généralement le cas dans la philosophie du droit anglo-saxonne contemporaine) de l'utilitarisme. La fermeté avec laquelle Kant distingue dans la *Métaphysique des Mœurs* normativité juridique et normativité éthique fait en effet de lui, à certains égards, un précurseur du positivisme juridique. Un précurseur paradoxal puisque Kant se considère lui-même plutôt comme un rénovateur du droit naturel que comme son fossoyeur. Il est bien évident que son entreprise consiste d'abord à donner au droit « naturel » l'assise théorique qui lui faisait défaut chez ses prédécesseurs, à savoir la conception de la raison pratique pure comme pouvoir « autonome » (ce qui veut aussi dire : indépendant de la « normalité » sociale et politique) de prescrire des normes d'action dont la validité est indépendante de tout contexte d'empiricité et universellement attestable (sous la garantie de ce qu'il nomme le « fait de la raison » : l'évidence selon laquelle il y a des propositions normatives distinctes des propositions cognitives relevant de la raison théorique). Il est clair que pour Kant, comme pour toute la tradition jusnaturaliste, le droit positif ou, comme il dit, « statutaire » n'a de validité que dans la mesure où il peut se fonder sur des principes rationnels qui constituent précisément le contenu du « droit de nature », du droit rationnel. Donc, comme Fichte ou Hegel, Kant n'est évidemment pas positiviste au sens strict, puisqu'il nie l'autonomie conceptuelle du droit positif à l'égard du droit rationnel : « Tout

---

43. *Ibid.*, p. 457.

44. R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 407 [*L'Empire du droit*, p. 435].

droit doit reposer simplement sur des principes rationnels, même le droit statutaire, dont les lois doivent être conformes aux principes du droit »<sup>45</sup>. Pourtant, il n'est pas absurde de chercher chez lui des arguments susceptibles d'être opposés aux tendances antipositivistes qui se développent aujourd'hui en philosophie du droit. Tout d'abord, sur un plan général, l'idéalisme allemand s'accorde à considérer que le droit rationnel n'est pas une norme idéale, abstraite ; il a vocation à se transformer en droit positif, en droit statué. De ce point de vue, ses représentants, s'ils ne sont pas des précurseurs du positivisme juridique, l'ont rendu indirectement possible par leur conception de la rationalité et de la normativité comme ayant à s'incarner dans le réel : le droit rationnel n'est pas simplement un instrument de mesure du droit positif, il a aussi une vocation historique à innover celui-ci. Mais il y a plus : Kant et ses successeurs proposent des arguments puissants en faveur d'une des thèses centrales du positivisme, la séparation entre droit et éthique. Que cette séparation soit essentielle au projet positiviste, Kelsen en témoigne. Il considère en effet que « la pureté méthodique de la science du droit [...] est menacée par le fait qu'on ne la sépare pas ou pas assez clairement de l'éthique, c'est-à-dire que l'on ne distingue pas clairement entre droit et morale »<sup>46</sup>.

Qu'en est-il chez Kant ? Au moyen d'une réinterprétation de la distinction entre légalité et moralité, déjà présente – mais selon moi avec une signification et des implications différentes – dans la *Critique de la raison pratique*, il s'efforce de souligner la spécificité de la doctrine du droit en regard de l'éthique dans le cadre de la métaphysique des mœurs. Celle-ci, en tant que « système des obligations en général », est en droit de revendiquer pour elle seule la dénomination de morale : la morale (*die Moral*) est le genre dont éthique (*Sittenlehre* ou *Tugendlehre*) et droit (*Rechtslehre*) sont les espèces. Ceci constitue une innovation par rapport à la *Critique de la raison pratique*. Dans l'ouvrage de 1788, la distinction entre légalité et moralité avait pour effet d'exclure du champ de la philosophie morale la « simple légalité » (et par conséquent le droit, du moins lorsqu'il est extérieurement observé pour lui-même). Certes, la distinction entre légalité et moralité ne recoupe pas celle du droit et de l'éthique ; elle vise plutôt à distinguer deux modalités dans la manière dont le sujet se rapporte à la norme (juridique ou éthique). On peut parfaitement avoir un rapport « éthique » à la loi juridique et un rapport « légal » à la norme

---

45. E. Kant, *Nachlass*, Akademie Ausgabe, t. XIX, p. 237. Cf. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 3, p. 112 : « Le droit naturel ou le droit philosophique est différent du droit positif [...] mais ce serait une grande méprise que de renverser ceci [en prétendant] qu'ils seraient opposés et en conflit ; celui-là est plutôt, vis-à-vis de celui-ci, dans le rapport des Institutions aux Pandectes ».

46. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 66.

éthique. Mais il paraît clair que la légalité (le respect extérieur de la norme) définit le mode normal selon lequel on se rapporte à la norme juridique. Le droit n'a pas besoin d'attendre, de la part de ses destinataires, *plus* qu'un rapport de conformité externe aux normes qu'il édicte. Du coup, la « moralité » paraît bien se confondre avec la sphère de l'éthique, puisque celle-ci exige que soit pris en compte, dans l'évaluation de l'agir, le rapport *subjectif* à la norme, la « disposition d'esprit » (*Gesinnung*) dans laquelle le sujet agit, et non pas simplement la teneur objective de l'action. Tout se passe donc comme si, dans la 2<sup>e</sup> *Critique*, la métaphysique des mœurs se réduisait à ce qui, dans la terminologie ultérieure, se nommera éthique ou doctrine de la vertu. Du coup, le droit ne jouit d'aucune autonomie conceptuelle à l'égard de la normativité éthique.

Au contraire, dans la *Métaphysique des Mœurs* de 1797, Kant met l'accent sur l'autonomie de la normativité juridique, qui possède certes une autre structure que la normativité éthique, mais qui ne doit en aucun cas être reléguée au second rang. Deux législations coexistent au sein de la métaphysique des mœurs. Leur différence ne concerne pas d'abord les objets auxquels elles s'appliquent (comme on pourrait le croire en s'appuyant sur une distinction sommaire entre *forum externum* et *forum internum*) ; elle est une différence du *type* de l'obligation :

« La législation éthique [...] est celle qui ne saurait être extérieure ; la législation juridique est celle qui peut *aussi* être extérieure. [...] L'éthique possède certes aussi ses obligations particulières (par ex. les devoirs envers soi-même), mais elle a cependant aussi des obligations en commun avec le droit ; ce qu'elle n'a pas en commun avec le droit, c'est seulement la modalité de l'*obligation* »<sup>47</sup>.

Cette transformation de la topique kantienne se traduit par un infléchissement du sens de la distinction entre légalité et moralité. Certes, au moment où elle est introduite dans l'Introduction générale de la *Métaphysique des Mœurs*, cette distinction paraît recouper exactement celle du droit et de l'éthique<sup>48</sup>. Un peu plus loin, en revanche, dans la « Division d'une métaphysique des mœurs », les deux distinctions (légalité-moralité ; droit-éthique) ne se recourent plus exactement. La législation éthique, écrit Kant, « fait d'une action une obligation et érige en même temps cette obligation en ressort » ; en revanche, la législation juridique « n'intègre pas le ressort dans la loi et [...]

---

47. E. Kant, *Métaphysique des Mœurs*, p. 171 (trad. mod.).

48. Voir *Ibid.*, p. 163.

*Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 2 - 2010*

admet un autre ressort que l'idée de l'obligation elle-même »<sup>49</sup>. Il en résulte que « les obligations pratiquées d'après la législation juridique ne peuvent être que des obligations extérieures » et requièrent un « ressort extérieur »<sup>50</sup> (par exemple, la crainte de la sanction) ; la législation éthique, en revanche, peut porter aussi bien sur des actions extérieures que sur des actions intérieures, puisque ce qui la caractérise est le mode de rapport du sujet à l'action (intérieure ou extérieure) prescrite par la norme. De ce fait, la législation éthique « ne peut être extérieure »<sup>51</sup>. La distinction entre légalité et moralité, qui réapparaît dans le même contexte, n'est pas identique à celle des deux législations : elle concerne en effet les actions elles-mêmes et non la modalité de l'obligation qui s'y attache. La légalité désigne ainsi « la simple concordance ou non-concordance d'une action avec la loi, abstraction faite du ressort de cette action », alors que la moralité désigne la situation où « l'idée de l'obligation issue de la loi est en même temps le ressort de l'action »<sup>52</sup>. Il en résulte que le sujet peut parfaitement faire un usage simplement « légal » (extérieur) de normes qui sont en elles-mêmes éthiques, ainsi lorsqu'il se conforme par conformisme ou hypocrisie à des prescriptions qui exigeraient pourtant l'engagement éthique de la subjectivité. Il peut aussi, en un sens il doit ou devrait avoir un rapport « moral » aux normes juridiques, c'est-à-dire se faire une obligation de les respecter non par crainte de sanctions, mais parce qu'il considère comme un devoir éthique de se conformer au droit dans son action. L'intérêt qu'il y a à distinguer la nature de la norme (juridique ou éthique selon le type d'engagement de la subjectivité qu'elle appelle) et le caractère des actions (légal ou moral, selon la manière dont le sujet de l'action les rapporte à des normes) se manifeste clairement dans le cas, auquel Kant fait un sort privilégié, du « droit de mentir ». Dans le petit texte qui porte sur ce sujet, tout comme dans l'Introduction de la *Métaphysique des mœurs*, Kant insiste sur le fait que la proscription du mensonge, ainsi que l'obligation réciproque de véridicité, ne relèvent pas de l'éthique, mais du droit strict : « ce n'est pas dans l'éthique, mais dans le *Jus* que s'inscrit la législation selon laquelle des promesses consenties doivent être tenues »<sup>53</sup>. On voit ici que la distinction des deux types de normativité (éthique et droit) n'est pas une hiérarchie (les normes juridiques sont pleinement des normes, elles ne sont pas moins obligatoires que les normes éthiques), mais une coordination horizontale

---

49. *Ibid.*, p. 169 (trad. mod.).

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*, p. 170.

52. *Ibid.*, p. 169 (trad. mod.).

53. *Ibid.*, p. 170.

entre deux manières de penser le rapport du sujet à la normativité : le droit prescrit (ou interdit, ou autorise) des *actions*, l'éthique prescrit (ou interdit, ou autorise) des *fins obligatoires*. Kant fournit ainsi une justification forte à la séparation du droit et de l'éthique qui constitue, selon Kelsen et selon Hart, un des caractères distinctifs du positivisme juridique.

Le positivisme juridique veille à ce que l'argumentation juridique ne se fonde pas sur des « principes » au sens de Dworkin, s'ils relèvent d'une autre sphère normative et d'un autre type d'argumentation que celui du droit. Or l'actuelle remise en question du positivisme, qui se situe indéniablement au diapason de l'esprit du temps, s'appuie de manière explicite (Dworkin) ou implicite (Habermas) sur le rejet de la thèse de séparation. Il existe naturellement d'excellentes raisons d'affirmer la primauté de la normativité morale. Il est également peu contestable que la pratique juridique elle-même semble aller dans cette direction : qu'on pense par exemple au phénomène de la juridification, voire de la constitutionnalisation des droits de l'homme et des textes qui les ont proclamés. Mais cette tendance paraît d'autant plus ambiguë que le dissentiment sur les normes morales et ses possibles effets sur le droit semblent se développer, y compris en Europe occidentale, terre native du positivisme juridique, au fur et à mesure que le « multiculturalisme » s'y enracine. Dans une situation de pluralisme culturel et moral, la position positiviste me semble conserver sa valeur et devoir être défendue au moyen d'arguments philosophiques forts.