De quel positivisme parlez-vous?

François Chevrette[*] et Hugo Cyr[**]

De tous les concepts dont fait usage la théorie du droit, le concept de positivisme est à coup sûr l'un des plus polysémiques, plus encore l'un de ceux qui offrent une si grande variété de significations qu'en l'employant l'on doit être conscient qu'il y a risque d'équivoques et de malentendus. Appartenant aussi à la théorie du droit, les concepts de naturalisme et de réalisme juridiques sont loin d'offrir la même clarté que les grandes notions fondamentales du droit civil ou du *common law*. Leurs contours sont flous, certes, mais ils n'ont pas cette multiplicité de sens que le positivisme présente, ces multiples sens ayant à leur tour et les uns par rapport aux autres des contours qui sont loin d'être toujours bien définis.

L'avertissement un jour donné par Voltaire selon lequel si l'on voulait discuter avec lui il fallait bien définir ses termes n'empêchera personne de continuer de parler de positivisme, pas plus que l'observation que nous venons de faire à son sujet n'aura cet effet. Cela dit, il vaut la peine de procéder à une forme d'inventaire des diverses significations du positivisme, ne serait-ce que pour comprendre un peu mieux les ambiguïtés et les malentendus auxquels l'emploi du terme donne souvent lieu.

Tel est l'objet des quelques réflexions qui suivent et c'est strictement ce à quoi elles se limitent puisqu'il n'entre aucunement dans notre propos de proposer des analyses critiques ni d'étaler nos appréciations et nos préférences à propos des diverses acceptions du positivisme. Nous n'en tentons ici que le recensement.

C'est donc aux « positivismes » que nous consacrerons la présente étude. Et comme certains grands courants positivistes sont intimement associés à la pensée de grands auteurs, c'est aussi de quelques « positivistes » que notre étude, surtout dans sa deuxième partie, traitera.

Pour faciliter l'exposé, inspirons-nous de la classification, fort utile à plusieurs égards, de Norberto Bobbio[1] pour qui le positivisme se présente comme un « mode d'approcher l'étude du

---

[*] Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

[**] Professeur, Faculté de science politique et de droit, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

1. Norberto BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 52. Dans son *Dictionnaire encyclopédique de théorie du droit et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J. 1993, André-Jean Arnaud a aussi axé une partie de sa définition du mot « positivisme » (p. 461 à 463) sur la classification de Bobbio.

droit » (a), comme une théorie du droit (b) et comme une idéologie (c). Même si le contenu que nous donnons à chacune de ces trois catégories est loin de correspondre en tous points à celui que leur donne Bobbio et même si nous nous permettrons de modifier le libellé de la première, il demeure que cette présentation ternaire a le mérite de nous inciter à ne pas faire trop d'oublis en nous mettant sur trois pistes plutôt que sur une seule, la deuxième, à laquelle nous consacrerons par ailleurs le plus d'attention. Car s'il est avant tout théorie, au sens que nous verrons plus loin, le positivisme, selon nos usages linguistiques, est aussi, encore que beaucoup plus superficiellement à certains égards, la délimitation plus ou moins arbitraire d'un champ d'étude ou d'analyse en même temps qu'il participe de l'idéologie, de la polémique et du jugement de valeur.

I – Le positivisme comme délimitation

Donnons trois exemples du positivisme ainsi entendu, exemples opérant une forme de délimitation et qui peuvent n'avoir aucune prétention théorique.

En début de session, un professeur avertit ses élèves que son cours sera exclusivement consacré au « droit positif ». À moins que ces derniers ne soient des débutants en droit, ils auront vite compris que leur professeur a voulu dire qu'il ne s'intéresserait qu'au « droit existant », dégagé de toute perspective historique, comparative, critique ou réformatrice. Bien qu'il ne fasse pas montre d'une grande envergure intellectuelle, un tel choix peut n'avoir aucune prétention théorique. À coup sûr on parlera en pareil cas de positivisme, mais tout simplement au sens d'une délimitation arbitraire et fort étroite d'un champ d'étude. Le « droit positif » est alors conçu comme l'ensemble, à un moment donné, de toutes les propositions juridiques et de leurs interrelations.

Par un léger glissement de sens, l'on associera aussi au positivisme l'interprétation juridique purement littérale ou ce qu'on désigne parfois en anglais par l'expression « strict constructionism »[2]. Il n'est pas facile d'expliquer cette association, largement présente dans le langage courant et qui donne au positivisme – plus clairement encore que dans l'exemple précédent – une connotation assurément péjorative. L'association découle peut-être du fait que, pour un interprète de cette école, les termes clairs de la loi sont seuls déterminants, ils sont « le droit positif » au sens du seul droit auquel il porte attention. Ce formalisme s'allie parfois à une foi en une « mechanical jurisprudence »[3] selon laquelle la nécessaire bonne réponse à une question juridique donnée résulte de l'application d'un syllogisme juridique. Ce syllogisme serait formé d'une règle juridique déterminée (majeure), d'un fait univoque (mineure) et d'une conclusion de droit unique résultant de l'application « mécanique » de la majeure à la mineure.

---

2. L'opinion dissidente du juge Pigeon dans *La Reine* c. *Sommerville*, [1974] R.C.S. 387, 394 fournit un très bon exemple de ce type d'interprétation.

3. L'expression est prise du fameux article de Roscoe POUND, « Mechanical Jurisprudence » (1908) 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Ce formalisme prétend donc exclure tout élément « non-juridique » de la décision judiciaire. À nouveau il nous semble que ce mode d'interprétation peut n'avoir aucune prétention théorique; c'est une délimitation, ici encore étroite et arbitraire, des facteurs pertinents à l'interprétation. Nous ne disons pas qu'une telle délimitation ne peut pas avoir de fondements théoriques, nous soulignons simplement le fait que cette représentation d'une certaine pratique interprétative – théoriquement justifiée ou non – est souvent qualifiée de « positiviste ».

Troisième exemple d'une option que le langage courant qualifie aussi de positiviste et qu'il est un peu plus difficile que les deux autres de concevoir comme dépourvue d'un arrière-plan théorique : le fait pour un juriste de limiter son étude et son intérêt scientifiques au droit étatique. Comme on le verra dans la section suivante, le positivisme juridique « de première génération » était théoriquement centré sur le droit étatique, ce qui n'est plus guère le cas aujourd'hui. Le droit étatique comme objet d'étude peut donc découler d'une prétention proprement théorique. En revanche, il nous semble que le choix d'un tel objet d'étude peut aussi en être dépourvu et s'expliquer ici encore par une délimitation commode et plus ou moins arbitraire. D'où vient alors qu'on qualifie pareil choix de positiviste? Probablement parce qu'il est axé sur le *droit posé*, en pratique le droit posé par l'autorité publique. Et puisque les faisceaux d'autorité publique se sont consolidés au sein de l'État dans le monde moderne – c'est du moins ce qu'en dit le discours dominant – l'on suppose que l'État pose le droit au nom de l'autorité publique. Observons – ce que Bobbio fait clairement remarquer[4] – que ce troisième exemple ne se confond pas avec le premier. Le droit positif froidement décrit dans le cadre de notre premier exemple peut fort bien être autre que le droit étatique – ce peut être notamment le droit canonique –, alors que le droit étatique visé par notre troisième exemple peut faire l'objet d'un examen historique, critique et comparatif.

Peut-être même davantage que certains autres, les usages linguistiques sont difficiles à changer et l'avertissement de Voltaire et *a fortiori* le nôtre n'y peuvent probablement rien. Cela dit, il serait certainement préférable de parler de « *stasis* juridique », de « formalisme juridique » et de « monisme juridique » plutôt que simplement de positivisme pour qualifier respectivement les trois options ou délimitations que nous venons d'illustrer.

Comme on l'a dit, associer droit étatique et positivisme a longtemps participé de la théorie du droit. Ce qui nous conduit à l'examen du positivisme sous ce dernier angle.

II – Le positivisme comme théorie

Dans un ouvrage américain récent et d'apparence fort exhaustive sur le positivisme dans les sciences humaines, il n'est nulle part question du positivisme juridique, pourtant encore bien

4. N. BOBBIO, *loc. cit.*, note 1, p. 58.

vivant aux États-Unis[5]. Il y a là une indication, s'il en était besoin, que le positivisme juridique et le positivisme scientifique[6] doivent être distingués. Parlons d'abord de ce dernier.

Théorie de la connaissance, le positivisme scientifique postule que celle-ci repose sur des faits constatés et sur leurs interrelations établies comme étant constantes. Selon l'expression d'un auteur[7], il s'agit d'un « empirical realism » au sens où toute réalité réside dans l'expérience, vécue ou simulée en laboratoire, et n'a rien à voir avec la conjecture ou la spéculation. Quant aux rapports que l'esprit établit entre les faits, le positivisme y voit aussi des faits, par conséquent indiscutables, si bien que la vision positiviste, en plus d'être irréductiblement empirique et expérimentale, commande une forte neutralité axiologique[8].

Or il nous faut insister ici sur le fait que, selon plusieurs grands auteurs, le positivisme que nous venons d'évoquer, dont l'impact est important dans les sciences humaines, peut s'approprier le droit comme objet, même s'il s'agit bien souvent d'un objet qui n'est pas autonome mais qui est analysé à travers le prisme d'une autre discipline, économie, sociologie ou anthropologie en particulier. Illustrons cela en évoquant quelques penseurs célèbres.

En plus d'avoir été, comme nous le verrons plus loin, un précurseur du positivisme juridique, Jeremy Bentham fut aussi un précurseur du positivisme scientifique dans la mesure où son ambition fut d'élaborer une science de la législation à l'aide d'une comptabilité savante entre plaisirs et peines qu'il nomma principe d'utilité. Comme celui de l'individu, l'instinct du législateur serait de maximiser les premiers et de minimiser les secondes si bien qu'en attribuant

---

5. George STEINMETZ, editor, *The Politics of Method in the Human Sciences – Positivism and its Epistemological Others*, Durham, Duke University Press, 2005.

6. D'aucuns parlent plutôt du positivisme philosophique, peut-être pour suggérer que ses prétentions scientifiques ne se sont jamais parfaitement accomplies. Voir par exemple « Du positivisme philosophique au positivisme juridique » dans Alain RENAUT et Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1991, p. 337.

7. Tony LAWSON, « Economics and Critical Realism : A Perspective on Modern Economics », dans G. Steinmetz, *op. cit.*, note 5, 366, p. 384.

8. Voici ce qu'écrit sur ce point Tony LAWSON, *loc. cit.*, note 7, p. 385 : « In positivism, because experience is effectively constitutive of the world (only what we experience exists); it is in consequence held to be certain. Science, then, is viewed as monistic, the accumulation of incorrigible facts. Even the reported constant event conjunctions are held to be perceivable via impression and, in consequence, constitute facts. A result, clearly, is that the incorrigibility of knowledge in positivism serves ultimately, if implicitly, to undermine the possibility of substantive scientific criticism. And the upshot is a conservative ideology that serves to rationalize contemporary orthodox practice, that is, the status quo, a perspective notoriously expressed in positivism itself precisely as a generalized denial of the usefulness of methodology/philosophy ».

une valeur aux uns et aux autres on obtient une base objective, qui n'est plus arbitraire, pour décider quelle loi adopter, quel jugement rendre, ou pour s'en abstenir.

Dès les premières pages de son grand ouvrage *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, paru en 1789, Bentham écrit :

> There is, or rather there ought to be, a *logic* of the *will*, as well as of the *understanding* : the operations of the former faculty, are neither less susceptible, nor less worthy, than those of the latter, of being delineated by rules […] Of this logic of the will, the science of *law*, considered in respect of its *form*, is the most considerable branch, – the most important application. It is, to the art of legislation, what the science of anatomy is to the art of medicine.[9]

Un peu plus loin, il implique le législateur en ces termes :

> Pleasures then, and the avoidance of pains, are the *ends* which the legislator has in view: it behoves him therefore to understand their *value*. Pleasures and pains are the *instruments* he has to work with: it behoves him therefore to understand their force, which is again, in other words, their value.[10]

Ce projet de s'approprier scientifiquement le normatif fut aussi celui du Montesquieu de *L'Esprit des lois*, ouvrage paru en 1748. Ce qu'en effet ce titre voulait suggérer était une mise en rapport des lois avec « diverses choses »[11].

> Elles [les lois] doivent être relatives au *physique* du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants; à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer.
>
> C'est ce que j'entreprends de faire dans cet ouvrage. J'examinerai tous ces rapports : ils forment tous ensemble ce que l'on appelle l'ESPRIT DES LOIS.[12]

---

9. Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, The Clarendon Press, 1879, xiii.

10. *Ibid.*, p. 29.

11. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. I, Paris, Éditions Garnier, p. 11.

12. *Ibid.*

Il n'est pas douteux qu'il y ait là une forme de positivisme scientifique, comme le confirme le commentaire de deux auteurs :

> Dans les sciences exactes : physique, chimie, histoire naturelle, le succès dépend d'une bonne méthode expérimentale. Or ces sciences exactes sont fort à la mode au XVIII[e] siècle : les mondains se piquent de travailler en laboratoire : les écrivains, qui sont aussi des mondains, de même. Qui donc décapite quarante escargots et limaces pour vérifier l'assertion d'un naturaliste? Voltaire. Qui dissèque des grenouilles? Montesquieu, précisément. C'est d'ailleurs pour lui plus qu'un « flirt » avec la mode : ces tâtonnements scientifiques expriment, Dedieu l'a montré, une tendance profonde de son esprit.[13]

Parlant de ces pionniers de la sociologie que furent les français Auguste Comte et Émile Durkheim, Renaut et Sosoe ont démontré d'une façon on ne peut plus convaincante que l'idée de laisser les questions axiologiques à l'extérieur du domaine scientifique n'a jamais traversé l'esprit de ces deux auteurs. Au contraire les idéaux, le devoir-être et les jugements de valeur étaient pour eux partie intégrante de ce réel que la science avait mission de s'approprier. Citant un proche disciple de Comte, Renaut et Sosoe écrivent :

> Autrement dit : le droit est un fait comme les autres, et les lois juridiques se bornent à exprimer « des rapports nécessaires » entre les hommes, rapports soumis à des transformations elles aussi nécessaires (régies par des lois qui correspondent à celles des progrès du genre humain auxquelles leur expression (les lois juridiques) « doit se plier ». Parce que l'on peut ainsi réduire le droit à un fait, parce que « les lois […] naissent spontanément des relations humaines » selon une nécessité que l'on peut connaître, rien n'interdit aux sociologues de découvrir, mieux que des législateurs remettant l'invention des lois à l'arbitraire de leur imagination, « les règles qui *doivent* dominer les relations et constituer le contenu d'un droit vraiment rationnel ».[14]

Ainsi arrivés à ce qu'on pourrait appeler le paroxysme du positivisme scientifique, il est temps de nous tourner vers le positivisme juridique.

Nous inspirant des réflexions de Jules Coleman et Brian Leiter sur le positivisme juridique[15], observons que celui-ci repose sur deux postulats : le droit est un construit social et non un donné

---

13. Jean-Jacques CHEVALLIER et Yves GUCHET, *Les grands œuvres politiques, de Machievel à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 81.

14. A. RENAUT et L. SOSOE, *op. cit.*, note 6, p. 345 (références omises).

15. Jules L. COLEMAN et Brian LEITER, « Legal Positivism », dans Denis PATTERSON, éd., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge (MA), Blackwell Publishers, 1996, p. 241.

naturel, d'une part, et il est, d'autre part, chose distincte de la morale, morale avec laquelle il n'est pas nécessairement lié. On peut aussi lui assigner deux objets d'analyse : c'est d'abord un système de règles ou de normes juridiques (pas morales, esthétiques ou autres) caractérisé par une possibilité de changement dans la stabilité, c'est ensuite la raison qu'on a d'obéir à ces normes. Le premier objet a trait à la légalité, le second à la normativité ou à l'autorité. Distinguons ici entre ce qu'on appellera le positivisme de première génération et le positivisme de seconde génération.

Tout centré sur le couple commandement - obéissance, le positivisme de première génération prend racine dans la pensée des premiers théoriciens de la souveraineté, Jean Bodin[16] et Thomas Hobbes[17] en particulier. À l'image de Dieu qui dicte ses volontés à ses créatures, le « souverain » dicte les siennes à ses sujets si bien que, longtemps conçu comme le simple reflet des coutumes et des usages, le droit devient « instrument » de changement[18] et de pouvoir, « instrument » d'exercice de la volonté souveraine. Sous réserve de ce que nous dirons plus loin de Jeremy Bentham, c'est l'anglais John Austin, son disciple, qui s'est imposé au XIX^{e} siècle comme le premier véritable tenant du positivisme juridique. Publié en 1832, son ouvrage au titre évocateur *The Province of Jurisprudence Determined* présente le souverain comme celui qui commande et n'a à obéir à personne et ses sujets comme obéissant à sa volonté par crainte des sanctions, par habitude d'obéir ou par espoir d'un bénéfice. On voit donc que cette première forme de positivisme est assez étrangère à l'idée d'un système de normes – présenté plus haut comme un des deux objets du positivisme – et se concentre plutôt sur l'obéissance aux commandements. Selon ce modèle, d'allure assez pénale, l'étude du droit consiste, d'une part, dans (i) l'identification et la clarification des énoncés normatifs posés par une autorité et, d'autre part, dans (ii) l'examen de la mise en œuvre de ces énoncés et de leur efficacité.

Comme on l'a déjà dit, l'apport de Bentham ne se limita pas au positivisme scientifique et s'étendit au positivisme juridique, encore que beaucoup plus tardivement puisque son œuvre la plus importante sur ce dernier, *Of Laws in General*, longtemps oubliée parmi ses nombreux manuscrits en dépôt à l'Université de Londres, ne fut publiée qu'en 1945. Beaucoup sont d'avis que, s'il avait publié cet ouvrage de son vivant, il aurait tout simplement déclassé Austin tant sa

16. Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 (ouvrage paru en 1503).

17. Thomas HOBBES, *Leviathan*, Paris, Dalloz, 2004 (traduction Tricaud et Pecharman de l'ouvrage paru en 1651).

18. Sur cette importante transformation de la conception du droit et de la loi, voir en particulier Carleton K. ALLEN, *Law in the Making*, 7^{e} éd., Oxford, Oxford University Press, 1964, p. 444 à 469, développement intitulé « Force of Legislation ».

théorisation, bien que proche de celle de ce dernier, lui est sur beaucoup de points supérieure[19]. Outre le fait que pour Bentham la souveraineté n'est ni illimitée (le souverain devant obéir à certaines prescriptions) ni indivisible (comme le montre le fédéralisme moderne), son modèle n'a pas cette allure purement pénale de celui de Austin et englobe dans le concept de loi l'ordre judiciaire, administratif, voire domestique et familial, et relie au pouvoir de la loi le droit pour le particulier de posséder et d'aliéner sa propriété et sa capacité de conclure des contrats.

Si, comme on l'a dit, le positivisme juridique de première génération n'est pas parvenu à conceptualiser le droit comme un système de règles ou de normes, cette nécessité n'a pas échappé au positivisme juridique de seconde génération, dont les deux plus incontournables piliers furent l'autrichien Hans Kelsen (1881-1973) et l'anglais Herbert L.A. Hart (1907-1992). Tentons de cerner l'essentiel de leur apport.

Débutons avec Kelsen. Hans Kelsen, violent adversaire du naturalisme, théorie selon lui inexacte et inutile[20], est, comme on l'a souvent dit, « le positiviste des positivistes ». Ayant clairement distingué l'*être* (le *sein*; par exemple un métal chauffé se dilate) et le *devoir-être* (le *sollen*; par exemple le voleur doit être puni), il eut pour ambition d'analyser le devoir-être comme le scientifique analyse l'être, objectivement et avec un total détachement. On se croirait en présence d'un positiviste scientifique, au sens défini plus haut, mais il n'en est rien puisque sa théorie, logique et systématique, ne fait aucunement appel aux sciences humaines autres que le droit. Kelsen n'ignore pas que le droit, tel que créé, interprété et appliqué par les institutions habilitées à cet effet, n'est pas cette unité logique et systématique qu'il nous présente. Mais ce droit créé, jamais vrai ni faux mais seulement valide ou invalide, participe d'un *acte de volonté*. Or, ce n'est pas ce qui intéresse Kelsen qui entend élaborer une science du droit, ce qui participe d'un acte de *connaissance*. *Théorie pure du droit*, tel est le titre de son plus important ouvrage[21], ce qui n'a rien à voir avec une théorie du droit pur. Et se prémunissant contre les accusations de formalisme, il reconnaît que le droit créé ou la politique du droit peut être formaliste, mais jamais la science du droit : qualifiera-t-on de formaliste la représentation que le biologiste se fait d'un grand mammifère au motif qu'elle est beaucoup plus complexe que celle qu'il se fait d'un organisme unicellulaire? L'exemple pourrait parfaitement être de Kelsen.

Cet ambitieux projet, comment l'a-t-il réalisé? Pour lui, l'ordre juridique est un ensemble de normes, dont l'essence est de régir des comportements et qui n'ont pas nécessairement une portée générale. Ces normes sont liées entre elles, non pas par des rapports de causalité, mais

---

19. C'est l'avis de H.L.A. HART, auteur dont il sera question un peu plus loin. Voir Herbert L.A. HART, *Essays on Bentham* : *Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, ch. V.

20. Hans KELSEN, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 141.

21. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962 (traduction Eisenmann).

bien d'imputation[22], et toutes ensemble elles forment un ordre juridique unique (c'est le monisme kelsénien), une totalité intelligible axée sur la logique de la non-contradiction. Une norme ne peut dériver que d'une autre norme, suivant un ordre de généralité décroissante, d'où la fameuse hiérarchie ou pyramide kelsénienne. Par exemple, la décision administrative doit sa validité au fait d'être fondée sur le règlement, le règlement sur la loi, la loi sur la constitution. Mais une norme tirant sa validité de son appui sur une norme supérieure et plus générale, doit-on remonter ainsi à l'infini la chaîne des validités? C'est l'énigme de la norme fondamentale ou *grundnorm*, qui n'est pas de nature juridique puisqu'elle ne repose sur aucune autre norme supérieure. Elle est hypothétique, elle n'est pas posée mais supposée, et parce qu'elle donne son unité à un ordre juridique qui est en général obéi, la supposition paraît bien fondée. C'est le principe kelsénien de l'effectivité. Notons que cette remontée dans la chaîne des validités, Kelsen ne la présente pas comme un processus mécanique, analogue aux poupées russes qui s'emboîtent les unes dans les autres, mais comme un processus complexe où l'interprétation joue un rôle considérable.

La désobéissance aux normes, Kelsen la nomme délit, tout délit appelant une sanction. Selon lui, le commandement coercitif participe de l'essence d'un ordre juridique, non pas tellement – comme le pensait Austin – comme une menace entraînant obéissance, mais parce qu'il doit être valide et doit prendre place quelque part dans la hiérarchie. C'est sur l'exigence de validité du commandement plus que sur la dissuasion de désobéir qu'il entraîne que Kelsen met l'insistance pour montrer qu'il est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique, la raison en étant que d'autres normes sociales que les normes juridiques peuvent être aussi porteuses d'une coercition efficace.

Observons en terminant que la prise en compte du droit international, auquel, comme on le verra, Kelsen accordait idéologiquement la plus grande importance, a singulièrement obscurci sa pensée théorique. Quand il relie, au nom d'un monisme somme toute assez intransigeant, l'ordre juridique national à l'ordre juridique international, la norme fondamentale, présupposée par le principe d'effectivité, se voit remplacée par une norme juridique, mais internationale, et Kelsen part alors à la recherche de la norme fondamentale internationale qu'il voit dans les coutumes constituées par le comportement concret des États. Tout cela, observe Hart, « says nothing more than that those who accept certain rules must also observe a rule that the rules ought to be observed »[23]. Il semble bien en tout cas que le monisme de Kelsen sera plus difficile à concilier

---

22. « La théorie du droit formule donc la structure originaire de la proposition normative de la manière suivante : lorsqu'un acte transgressant le droit est commis, il doit s'ensuivre une conséquence, une sanction. Celle-ci n'est toutefois pas causée par le non-respect du droit de la même manière que la dilatation du métal par la source de la chaleur; au contraire, elle est imputée à la violation du droit ». Hans KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit? », (1992) 22 *Droit et société* 551, 553. L'imputation signifie donc que, moyennant certaines conditions, telle chose doit entraîner telle conséquence.

23. Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, à la p. 236.

avec le pluralisme que le positivisme hartien[24], et cela même si ni Kelsen ni Hart ne limitent l'ordre ou le système juridique au droit étatique.

Venons-en maintenant à Hart. Pour Hart comme pour Austin, le droit est un instrument de contrôle social ou de contrôle des comportements[25]. Mais là où le premier se sépare du second, c'est dans son refus d'accepter l'idée que ce contrôle n'est efficace que par la crainte qu'inspire la menace de sanctions. Peut-on assimiler l'obéissance à la loi à celle de la personne assaillie qui, le fusil sur la tempe, donne son argent au gangster? Hart répond catégoriquement par la négative. Intériorisée, la règle de droit est acceptée comme *règle-qui-guide* et non seulement comme règle qui contraint, et s'il est vrai que la sanction est la faillite de la loi, on est la plupart du temps disposé à la respecter, le blâme qu'entraîne son non-respect étant vu comme légitime. Pour celui qui adopte l'attitude critique du participant au système, ce que Hart nommera le « point de vue interne », la règle de droit constitue une « raison pour agir » et, du même coup, un standard d'évaluation pour le comportement des sujets auxquels la norme s'applique. L'obligation est ainsi distinguée de la pure contrainte, par une réintroduction de la normativité au sein de la première, la seconde étant de l'ordre du fait brut.

Une des contributions majeures de Hart est d'avoir distingué deux types de règle : les règles primaires, visant les comportements, et les règles secondaires, visant d'autres règles. Ces règles dites secondaires sont elles-mêmes de trois types. Il y a d'abord les règles de changement, qui gouvernent la façon dont les règles d'un système juridique peuvent être modifiées, qu'il s'agisse par exemple de la procédure parlementaire, conformément à laquelle de nouvelles lois sont adoptées, ou du droit des contrats, conformément auquel les individus peuvent de concert modifier leurs relations juridiques. Si ces règles n'existaient pas, on serait en présence d'un intenable statisme, peut-être concevable dans un système juridique très primitif où les changements passeraient par le canal de l'adaptation très lente ou de la désuétude. À lui seul, ce nouvel élément suffit pour faire ressortir le contraste entre le positivisme de seconde génération et celui de première génération, ce dernier ne mettant à peu près aucun accent sur l'idée d'un

---

24. Voir ce qu'en dit N.W. BARBER, « Legal Pluralism and the European Union », (2006) 12 *European Law Journal* 306, 316.

25. Hart écrit « The idea that the substantive rules of the criminal law have as their function (and, in broad sense, their meaning) the guidance not merely of officials operating a system of penalties, but of ordinary citizens in their activities of non-official life, cannot be eliminated without jettisoning cardinal distinctions and *obscuring the specific character of law as a means of social control* ». Il ajoute un peu plus loin : « The principal functions of the law as a means of social control are not to be seen in private litigation or prosecutions, which represent vital but still ancillary provisions for the failures of the system. It is to be seen in the diverse ways in which the *law is used to control, to guide, and to plan life* out of court ». Herbert L.A. HART, *The Concept of Law*, *op. cit.*, note 23, p. 39 et 40 (nos italiques). Il s'agit de l'ouvrage le plus important de Hart, dont la présente édition, posthume, inclut un *postcript* rédigé, à partir des notes non publiées de Hart, par Penelope A. Bulloch et Joseph Raz.

système de normes capables d'évoluer dans la stabilité et la continuité. Il y a en deuxième lieu les règles dites d'adjudication en vertu desquelles on résout les litiges, faisant du même coup des ajustements au droit et sans lesquelles ne subsisterait qu'une justice privée dépourvue du support de l'autorité. Vient enfin la règle de reconnaissance, probablement la plus importante en même temps que la plus subtile. De quoi s'agit-il?

Comme on l'a vu plus haut, Hart ne pouvait souscrire à la conception austinienne de l'obéissance. Intrigué à la fois par la continuité du droit (si l'autorité repose dans les mains de celui auquel on a l'habitude d'obéir, comment se fait-il que l'on doive obéissance à son successeur dès son premier commandement?), par sa persistance (pourquoi une loi du siècle passé est-elle encore une loi?) et par le fait que l'autorité souveraine, comme Bentham l'avait bien vu, est elle-même assujettie à des limites légales, il se rendait compte que la menace de contrainte expliquait bien peu de choses et qu'il devait y avoir une règle prescrivant les critères de validité des autres règles. C'est la règle de reconnaissance. Il est utile d'examiner ici quelques caractéristiques de cette règle qui semble en mystifier plus d'un.

Premièrement, à la différence de la *grundnorm* simplement « supposée » de Kelsen, Hart conçoit la règle de reconnaissance comme ayant nécessairement une existence empirique reposant sur la pratique concrète des officiers du système juridique. Mais alors, cette règle est-elle un *être* ou un *devoir-être*? Elle est les deux. Selon Hart, c'est confondre deux niveaux de perspective que de poser cette question. Du point de vue externe de l'observateur, il y a d'abord le *fait* que les officiers utilisent un certain standard pour évaluer la validité d'une norme donnée. Ce *fait* est un élément constitutif de l'existence de la règle de reconnaissance; sans cette pratique des officiers d'évaluer la validité d'une norme à partir d'un certain critère, il n'y aurait pas de règle de reconnaissance. Toutefois, ce n'est qu'un côté de la médaille. Du point de vue de l'officier qui utilise la règle de reconnaissance comme standard pour déterminer la validité d'une autre règle, ce standard constitue nécessairement une *norme*. L'existence de la règle de reconnaissance dépend donc d'une pratique (fait) de détermination de la validité de règles à partir d'un standard (norme).

Deuxièmement, cette règle de reconnaissance est-elle elle-même *valide*? Ou, pour le dire autrement, comment Hart compte-il interrompre la chaîne de validité qui pourrait s'étendre à l'infini et que Kelsen rompt, lui, par une norme « supposée »? Hart offre une réponse fort nuancée à cette épineuse question. Comme nous l'avons vu un peu plus tôt, une règle, pour Hart, est notamment constituée d'une attitude réflective critique à l'égard d'un certain standard de comportement. Ce standard peut donc être utilisé à la fois pour juger de l'action et pour la guider. Dans un environnement « pré-légal » ou, tout simplement, à l'extérieur d'un système de droit, il peut exister des règles primaires qui ne sont donc pas nécessairement rattachées à un système normatif fermé. Prenons un exemple pour illustrer ce propos. Nous pouvons affirmer qu'il y a une règle sociale généralement observée dans le métro de Montréal qui prévoit que les marcheurs montent dans l'escalier mécanique du côté gauche alors que ceux qui se laissent porter jusqu'en haut se placent du côté droit. Il ne s'agit pas d'une règle « officielle » puisqu'en fait, la réglementation officielle semblerait plutôt exiger que tous restent immobiles dans

l'escalier mécanique[26]. Il ne s'agit pas là de simples comportements convergents; le touriste qui se trouve du « mauvais côté » de l'escalier se le fait dire et celui qui voit son passage obstrué fulmine contre celui devant lui plutôt que de répandre sa frustration également sur le voyageur de droite qui, pourtant, lui bloque autant le passage. Cette règle ne semble pas faire partie d'un système normatif intégré en ce sens qu'aucune autre règle ne la valide et elle-même n'en valide aucune autre. Lorsque de telles règles sociales existent dans les faits, il n'y a donc pas lieu de se poser la question de leur « validité »; à l'extérieur d'un système de règles, elles existent et c'est tout. On peut évidemment remettre en question leur désirabilité ou leur valeur mais leur existence est une simple question de fait. La question de la « validité » d'une règle ne se pose *que* dans la mesure où une telle règle primaire s'inscrit à l'intérieur d'un système de règles. Alors la question de l'*existence* d'une règle prend un autre sens. On entend alors par « existence » d'une règle le fait qu'elle est validée ou, pour le dire autrement, qu'elle est « admise » à l'intérieur du système. Et comme nous l'avons précisé plus tôt, la règle de reconnaissance est cette règle qui détermine si les autres règles satisfont aux critères de « membership » du système. Dans ce contexte, Hart avance qu'il ne peut être question de la validité ou de l'invalidité de la règle qui prévoit les critères d'admission au système mais que cette dernière est tout simplement acceptée dans les faits aux fins de cet usage. Soit que la règle existe dans les faits – comme la règle de l'escalier mobile dans le métro montréalais – soit qu'elle n'existe pas. Si elle existe, cela signifie que les officiers utilisent un certain standard afin de déterminer la validité des autres règles à l'intérieur du système juridique et si elle n'existe pas, il n'y a pas de système juridique unifiant l'ensemble de règles primaires.

Mais si on ne peut, à proprement parler, dire que la règle de reconnaissance est valide ou invalide, peut-on au moins dire s'il s'agit d'une « règle juridique » ou d'un simple fait? Hart répond :

> The case for calling the rule of recognition 'law' is that the rule providing criteria for the identification of other rules of the system may well be thought a defining feature of a legal system, and so itself worth calling 'law'; the case for calling it 'fact' is that to assert that such a rule exists is indeed to make an external statement of an actual fact concerning the manner in which the rules of an 'efficacious' system are identified. Both these aspects claim attention but we

---

26. Dans un avis à l'intention des usagers du métro, la Société de transport de Montréal écrivait il y a quelques années (!NFO-STM 09, lundi 11 mars 2002, à la p. 2, disponible à < http://www.stcum.qc.ca/info/infostm/2002/020311.pdf >) : « Plusieurs clients nous ont fait la suggestion suivante : pourriez-vous informer les usagers du métro qu'ils doivent garder la droite dans un escalier mécanique afin de permettre à ceux qui veulent monter plus vite de le faire par le côté gauche? La STM ne peut accéder à cette demande car un article du Code de sécurité des ascenseurs et monte-charge recommande de demeurer immobile dans un escalier mécanique et de tenir la main courante afin de minimiser les risques de blessure. D'ailleurs des pictogrammes illustrant l'attitude à adopter sont affichés au bas et en haut des escaliers mécaniques. C'est une question de sécurité ».

> cannot do justice to them both by choosing one of the labels 'law' or 'fact'. Instead, we need to remember that the ultimate rule of recognition may be regarded from two points of view: one is expressed in the external statement of fact that the rule exists in the actual practice of the system; the other is expressed in the internal statements of validity made by those who use it in identifying the law.[27]

Ainsi, le caractère juridique ou factuel de la règle de reconnaissance dépend du point de vue à partir duquel une personne se place pour en parler.

Une dernière observation, fort importante selon nous, doit être formulée à propos de la règle de reconnaissance. Comme celle-ci, en identifiant les entités pouvant énoncer les règles de droit, n'obéit à aucune contrainte puisque c'est son rôle à elle de le faire et comme elle l'entend, les positivistes de seconde génération ne sont donc pas obligés d'accepter l'État comme la seule entité pouvant édicter des règles de droit. D'où il résulte qu'il n'y a pas nécessairement de contradiction entre le positivisme de seconde génération et le pluralisme juridique. Hart lui-même paraît le reconnaître quand il écrit ce qui suit à propos d'un ouvrage dont il fait la recension :

> Perhaps its main merit is to correct the juristic myopia which follows on with excessive preoccupation with law of the state, and to communicate that a fresh start is always possible, and usually rewarding.[28]

Il nous reste à apporter quelques précisions sur les rapports que Hart voit entre le droit et la morale. Sans nier qu'il y ait des liens entre les deux et de nombreux exemples où leurs prescriptions se confondent, elles divergent aussi bien souvent de sorte que Hart insiste sur le fait qu'il n'y a pas de connexion nécessaire entre droit et morale et qu'il y a un intérêt à la fois théorique et pratique à les dissocier et à dire que le droit qui viole la morale reste du droit. Au point de vue théorique, prétendre le contraire entraîne, selon Hart, une vue réductionniste du droit comme objet d'analyse et confine l'analyste au droit des sociétés angéliques. Au point de vue pratique, il vaut mieux, toujours selon lui, maintenir qu'un droit inique reste du droit, tout en laissant ouverte la question de savoir si l'on doit ou pas s'y conformer, que d'adopter la position contraire, un peu naïve et moins propice à la réflexion sur l'obligation d'obéissance.

La richesse et la subtilité de la pensée de Hart rendent peu surprenant le fait qu'il ait eu des disciples, dont il est souvent difficile de dire s'ils sont tenants du positivisme « hartien » ou d'un autre positivisme juridique. À nos fins, il suffira d'évoquer le débat contemporain qui a cours entre ceux qui adhèrent au positivisme juridique « inclusif » (aussi qualifié de « *soft* » ou

---

27. Herbert L.A. HART, *The Concept of Law, op. cit.*, note 23, 111-112.

28. Herbert L.A. HART, « Review of the Late Hermann Kantorowicz's *The Definition of Law* », (1960) 69 *The Philosophical Review* 270, 272.

d'« *incorporationist* ») et ceux qui adhèrent au positivisme juridique « exclusif » (aussi qualifié de « *hard* »). De quoi s'agit-il?

Tout en maintenant la distinction entre droit et morale, les positivistes « inclusifs », dont Hart faisait d'ailleurs partie[29], concèdent qu'au sein d'un système juridique donné, la règle de reconnaissance peut prévoir que le caractère moral d'une prescription puisse être une condition nécessaire, voire suffisante, pour qu'elle devienne une règle de droit. Ainsi la règle de reconnaissance, elle-même de caractère social, peut incorporer au droit un principe moral sur la seule base de sa qualité morale. Mais loin d'être au cœur du positivisme juridique, cette concession « inclusive » en est plutôt à la périphérie en tel sens que pareille incorporation est contingente aux systèmes juridiques et n'a donc rien d'inhérent à tout système de droit[30]. En d'autres mots, les positivistes « inclusifs » concèdent qu'il soit possible, en principe, que la règle de reconnaissance d'un système de droit sélectionne des normes en fonction de leur qualité morale mais n'exige pas que ce soit le cas pour tous, ni même aucun, des systèmes juridiques existants.

Quant au positivisme juridique « exclusif », dont Joseph Raz – le seul dont on évoquera la pensée ici – est un des meilleurs représentants[31], il ne saurait accepter qu'une prescription puisse devenir du droit sur la seule base de son contenu ou de sa valeur morale. Et ce refus tient au fait que le droit, qui est là pour servir les gouvernés, doit pouvoir, du moins en principe, avoir valeur d'autorité légitime pour eux, ce qu'il se trouve dans l'impossibilité d'avoir si chacun doit évaluer son contenu en fonction de considérations morales qui lui sont propres. Au fond, le positivisme juridique « exclusif » de Raz repose sur la relation droit-autorité. Pour Raz, l'autorité légitime est celle qui aide l'individu en soupesant pour lui l'ensemble des « bonnes raisons pour agir » et lui indique comment agir afin de maximiser ses chances de bien agir. Le droit ne peut donc pas être une autorité légitime, selon Raz, si les individus doivent reprendre d'eux-mêmes l'examen de l'ensemble des « bonnes raisons pour agir » que l'autorité avait pour mission de soupeser. Or, si la règle de reconnaissance prévoit qu'une règle est valide du simple fait qu'elle est moralement appropriée, le droit ne remplit plus sa fonction de service et ne pourrait donc pas être une

---

29. H. L.A. HART, *op. cit.*, note 23, p. 250 à 254. Voir aussi entre autres, Jules L. COLEMAN, « Negative and Positive Positivism », (1982) 11 *Journal of Legal Studies* 139; et du même auteur « Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference », (1998) 4 *Legal Theory* 381 et *The Practice of Principle : In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

30. Pour un exemple jurisprudentiel auquel les positivistes « inclusifs » souscriraient, probablement sans enthousiasme, mais que Ronald Dworkin applaudirait au nom de l'importance des principes moraux en droit, voir : *Banque de Montréal* c. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

31. Voir, entre autres, de cet auteur : *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990; *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

autorité. Ainsi, puisque ceux qui sont soumis à une autorité « can benefit by its decisions only if they can establish their existence and content in ways which do not depend on raising the very same issues which the authority is there to settle »[32], la règle de reconnaissance ne pourrait pas être « inclusive ».

Avant de terminer ce développement sur le positivisme comme théorie, il nous reste à répondre à trois questions. Pourquoi parler de positivisme juridique? Quel lien y a-t-il entre le positivisme scientifique et le positivisme juridique? Pourquoi l'un et l'autre ont-ils droit à l'appellation de théorie?

Le positivisme scientifique, nous l'avons vu plus haut, se prétend empirique, expérimental et axiologiquement neutre. Certes le positivisme juridique, qui partage cette troisième caractéristique, n'est pas empirique et expérimental au même sens que l'autre. Il est juridique parce que c'est le droit qui est l'objet de son analyse, sans que s'interpose entre l'analyste et cet objet aucune autre science. Mais c'est aussi parce qu'il prend le droit tel qu'il est, comme un construit social a-t-on dit, et à cause d'un certain appel à l'observation qu'on est en présence de positivisme. Même Kelsen et son principe d'effectivité ne feraient pas exception sur ce point.

Ce qui précède répond en partie à la question de savoir quel lien unit les deux formes de positivisme : c'est un lien assez ténu. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ce qui différencie le scientisme français, celui de Comte et de Durkheim, pour qui la sociologie peut s'approprier le normatif, et le positivisme d'un Kelsen qui, par exemple, prétend étudier le devoir-être comme l'être, c'est que la méthode de ce dernier est juridique et ne doit rien aux sciences sociales. À leur sujet, Kelsen n'a pu qu'être très sensible aux leçons humiennes de Max Weber sur l'irréductibilité des faits et des valeurs. Il le montre bien par sa distinction nette entre l'être et le devoir-être et il est exclu que son projet d'analyser le devoir-être comme l'être soit comparable aux ambitions de la sociologie française du XIX^{e} siècle de s'approprier le normatif.[33] Renaut et

---

32. Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain*, *ibid.*, p. 219.

33. Certains philosophes du fameux « cercle de Vienne » en vinrent même à développer ce qu'ils nommèrent un « positivisme logique » selon lequel le sens d'une proposition dépend de son mode de vérification. Une proposition n'aurait de sens et ne serait vraie que si elle est une vérité analytique (par exemple : « tous les célibataires ne sont pas mariés ») ou si elle est empiriquement vérifiable. Puisque le devoir-être n'est ni une vérité analytique, ni vérifiable empiriquement, il n'aurait pas de sens. Pour un exemple du traitement de l'éthique à travers la lorgnette du « positivisme logique », voir notamment Hans REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1951, au chapitre 17 « The Nature of Ethics ». Plutôt que chez les théoriciens du positivisme juridique, c'est plutôt auprès de certains « Réalistes scandinaves » que cette théorie trouva écho. À ce sujet, voir notamment Alejandro Lorite ESCORIHUELA, « Alf Ross : Towards A Realist Critique And Reconstruction Of International Law » (2003) 14 *Eur. J. Int'l L.* 703. Il est donc important de souligner qu'il n'existe aucun lien nécessaire entre le positivisme logique et le positivisme juridique. D'ailleurs,

Sosoe ont raison de faire remarquer qu'en comparaison de l'optimisme scientiste du positivisme scientifique, le positivisme juridique est un positivisme « dégrisé » qui « ne conçoit plus la possibilité d'une extension à l'infini du champ de l'objectivité scientifique »[34]. Cela dit, bien que la quête de *justifications* empiriques de « devoir-être » ait été abandonnée, la recherche empirique des causes des comportements humains et des moyens de les modifier par le droit n'a pas été délaissée. Ainsi, de manière ironique, les héritiers du projet intellectuel du « positivisme scientifique » appliqué aux sciences sociales se trouvent à être ceux qui, sans toutefois adhérer aux positions épistémologiques et métaphysiques de leurs précurseurs, participent à une « renaturalisation »[35] des études juridiques en s'engageant, notamment, dans des projets d'analyse économique[36] ou de biologie behaviorale[37].

Dernière question : Bentham, Austin, Hart, Kelsen sont des théoriciens du droit, alors que le juriste qui se borne à décrire le droit existant ou qui décide de limiter son champ d'études au droit étatique n'en est pas un. Pourquoi? Bobbio nous donne la réponse.

> Par « théorie », j'entends un ensemble d'assertions liées entre elles, avec lesquelles un certain groupe de phénomènes est décrit, interprété, porté à un niveau plus élevé de généralisation, unifié ensuite en un système cohérent; non pas le mode d'investigation d'une réalité déterminée, mais la manière de l'entendre, d'en donner une description et une explication globale.[38]

Les sciences exactes et les sciences humaines définiraient sans doute autrement la théorie; cette définition de Bobbio est toutefois magnifiquement appropriée à la théorie du droit.

---

cette théorie philosophique a été largement discréditée et aucun théoricien du positivisme juridique contemporain ne semble s'appuyer sur celle-ci.

34. A. RENAUT et L. SOSOE, *op. cit.*, note 6, p. 348.

35. L'expression est tirée du titre du livre de Brian LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

36. Voir, par exemple, la collection d'essais présentée dans Cass R. Sunstein, ed., *Behavioral Law & Economics,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

37. Voir, par exemple, Owen D. JONES et Timothy H. GOLDSMITH, « Law and Behavioural Biology » (2005) 105 *Colum. L. Rev.* 405.

38. N. BOBBIO, *loc. cit.*, note 1, p. 55.

III – Le positivisme comme idéologie

Permettons-nous de citer de nouveau Bobbio dans sa définition, classique mais éclairante, de l'idéologie.

> Par « idéologie », j'entends une certaine prise de position en face d'une réalité donnée : une telle prise de position est fondée sur un système plus ou moins conscient de valeurs, et s'exprime en jugements de valeur qui tendent à exercer quelque influence sur la réalité même, la conservent comme elle est si l'appréciation est positive, la modifient si elle est négative.[39]

Disons d'entrée de jeu que le positivisme, du simple fait qu'il prétend à une relative neutralité axiologique, a mis de l'avant moins de jugements de valeur sur lui-même que n'en ont mis ses adversaires en le prenant pour cible. Comme on l'a vu plus haut, le positivisme scientifique est taxé par certains d'idéologie conservatrice[40]. C'est toutefois au positivisme juridique que se limiteront les très brèves réflexions qui suivent.

Dans ses deux postulats de base, dont il fut déjà amplement question, à savoir que le droit est un construit social à analyser tel qu'il est et que le droit est distinct de la morale, le positivisme fut attaqué *idéologiquement* comme étant une *idéologie* à combattre. Le fait d'analyser le droit tel qu'il l'est l'amène inévitablement, à l'époque où l'on vit, à mettre un fort accent sur le droit étatique. Et comme il dissocie droit et morale, on l'accuse donc d'étatisme et de glorification de l'État en ce que toutes les lois de ce dernier seraient nécessairement bonnes du simple fait qu'elles émanent de lui ou du simple fait que, si immorales soient-elles, elle contribue au maintien de l'ordre établi. Envisagé sous un angle un peu différent, le positivisme juridique serait une *théorie insatisfaisante* parce qu'occultant de vastes portions de la réalité du droit et une *théorie dangereuse* parce que passive devant les lois odieuses[41]. Le positivisme serait donc à la

---

39. *Ibid*. Référence omise. De l'idéologie politique Bertrand de Jouvenel donne une vision un peu cynique mais qui, au fond, ne se veut pas vraiment péjorative. « Nous ne manquons pas et ne manquerons jamais d'idéologies politiques. Il en faut, car nous sommes appelés à nous prononcer sur des problèmes que nous n'avons pas le temps d'étudier. Et le seul moyen de se prononcer en ce cas est par préjugé. Quelques idées générales me permettront de juger de tout, en faisant entrer la situation dont je ne puis ou ne veux prendre une connaissance exacte, dans une classe de situations sur laquelle j'ai pris position une fois pour toutes. Voilà une grande économie d'efforts intellectuels. Mais passe pour juger, cela ne vaut rien pour expliquer et prévoir ». Bertrand de JOUVENEL, *De la politique pure*, nouvelle édition augmentée, Paris, Calmann-Lévy, 1977, 10.

40. T. LAWSON, *loc. cit.*, note 7.

41. Voir l'élaboration, et non l'acceptation, de ces deux critiques dans : Jacques GUESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, 4e éd., t. I, Paris, LGDJ, 1994, p. 22 et 23.

racine de la dictature et du totalitarisme, ses accusateurs ayant eu « beau jeu à mettre en rapport la forte tradition du positivisme juridique chez les juristes allemands et l'étatisme aveugle du régime naziste ».[42]

Voilà pour quelques exemples d'attaques idéologiques dirigées contre le positivisme. La réplique idéologique de ce dernier le relie très étroitement au libéralisme par les valeurs de légalité, de validité, d'ordre, de sûreté qu'il met de l'avant. Et combien de fois n'a-t-on pas rappelé que Kelsen lui-même fut dans sa vie un grand défenseur de la liberté, un démocrate et un internationaliste convaincu fort éloigné de l'étatisme doctrinaire. Au reste, et comme nous l'avons observé précédemment, son attachement à l'ordre international a un peu obscurci sa pensée théorique. Il n'en reste pas moins que la défense du positivisme juridique s'est aussi faite au nom de l'autonomie morale face à l'État et au droit; pouvoir dire que le droit va à l'encontre du bon, du bien ou du juste est un moyen de se libérer de son emprise, moyen qui ne serait pas disponible à celui qui croit le droit nécessairement conforme à la moralité.

On peut se demander enfin s'il n'y eut pas dans le positivisme français qui connut son apogée au milieu du XIX^{e} siècle une forte dimension idéologique. Car il y avait, dans le fait de vénérer à ce point la loi – en particulier cette loi nouvelle qu'était le Code civil de 1804 – et de ne voir le juge que comme son très humble serviteur, un net rejet de l'Ancien Régime et de ses coutumes et un hymne à l'ordre nouveau, à la souveraineté nationale et à la séparation des pouvoirs[43].

* * *

Il y a de graves inconvénients à mettre sous une même étiquette des choses dont le commun dénominateur est si ténu que la commune appellation perd en pratique presque toute signification. Les quelques réflexions qui précèdent se voulaient une forme de mise en garde contre ce danger, et cela à propos du positivisme. Car si, comme théorie, le positivisme juridique présente, à notre avis, une relative cohérence, on lui attribue des significations bien disparates quand on l'envisage comme critère de délimitation d'un champ d'étude ou d'analyse et comme porteur d'une idéologie. Peut-être serait-il temps de repenser nos étiquettes.

---

42. N. BOBBIO, *loc. cit.*, note 1, p. 63.

43. Sur ce point, voir en particulier l'étude de Léon HUSSON, « Analyse de la méthode de l'exégèse », (1972) 17 *Archives de philosophie du droit* 115.