HAL
open science

Norberto Bobbio et le positivisme juridique

Pierre Brunet

To cite this version:

Pierre Brunet. Norberto Bobbio et le positivisme juridique. Analisi & Diritto, P. Comanducci e R. Guastini (ed.), 2005, pp.159-170. halshs-00009757v2

HAL Id: halshs-00009757

https://shs.hal.science/halshs-00009757v2

Submitted on 3 Jul 2006

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Bobbio et le positivisme[*]

Pierre Brunet
Professeur à l'Université de Paris X
(Centre de théorie et analyse du droit, UMR 7074)

Analisi e Diritto,
A cura di
P. Comanducci & R. Guastini
Giappichelli, 2005, p. 159-170

1. Positivisme juridique et Jusnaturalisme chez Bobbio

À l'heure où certains cherchent à concilier le positivisme juridique et le cognitivisme[1], il paraît pertinent d'approfondir l'une des thèses que Bobbio a très souvent affirmée sans véritablement l'argumenter: celle de l'absence de lien entre les divers sens de l'expression "positivisme juridique".

Lorsque Bobbio consacre une analyse approfondie au positivisme juridique et aux relations entre ce dernier et le jusnaturalisme, il parvient à trois thèses: l'une, selon laquelle l'expression "positivisme juridique" recouvre trois significations différentes; l'autre, selon laquelle on peut parvenir unifier la signification du terme "jusnaturalisme"; la dernière, selon laquelle il n'y a pas de relation logique ou conceptuelle entre chacun des sens de "positivisme"[2].

1.1. Trois sens de "positivisme juridique"

S'il est clair et sans conteste que le "positivisme juridique" se caractérise par la séparation du droit et de la morale, cette thèse n'a pas toujours le même sens : dans un premier sens, la connaissance du droit ne dépend d'aucune évaluation morale ; dans un deuxième sens, le contenu du droit ne dépend pas de la morale, dans un troisième sens, le droit doit se substituer à la morale. Chacun mérite d'être distingué.

Dans un premier sens, "positivisme juridique" désigne une approche du droit, une théorie de la connaissance juridique ou encore une méthodologie selon laquelle la connaissance du droit correspond à une activité axiologiquement neutre. Elle présuppose et est fondée sur la séparation des faits et des valeurs, en sorte que la connaissance du droit n'exige aucune évaluation préalable, c'est-à-dire que le droit peut être identifié sans évaluations. Savoir ce qu'est le droit consiste uniquement en la description de faits et non en une sélection de faits au

---

[*] Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements à Riccardo Guastini pour ses commentaires et critiques sur une première version de ce texte.

[1] V. B. Celano, "Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXV, n. 1, 2005, p. 161-184.

[2] Cette présentation est celle que Bobbio livre à partir de 1958, année au cours de laquelle il consacre un cours à la théorie de la norme, puis à la théorie de l'ordre juridique et enfin un cours au positivisme juridique. La présentation qui suit ne prétend à rien d'autre qu'à rappeler les analyses auxquelles Bobbio parvient et que l'on trouve dans *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, rééd. 1972. Pour les cours de Bobbio, v. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993 et *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.

regard de certaines valeurs susceptibles d'indiquer ce qui doit être et ce qui ne doit pas être considéré comme du droit.

En un second sens, "positivisme juridique" désigne une théorie juridique constituée de plusieurs thèses qui ont un "noyau historique commun" (l'expression n'est pas de Bobbio mais de moi). Les thèses sont les suivantes: une définition du droit selon laquelle le droit se caractérise par la coercition ("coazione"), une théorie de la norme juridique selon laquelle une norme est un impératif dont la validité ne dépend pas de sa conformité avec la morale, une théorie des sources du droit selon laquelle la loi est considérée comme la source première et l'emporte sur la coutume, une théorie de l'ordre juridique selon laquelle le droit est un ensemble de normes complet et cohérent, une théorie de l'interprétation enfin, selon laquelle l'interprétation est un acte de connaissance, déclaratif du droit positif et non créateur du droit. D'un point de vue historique, toutes ces thèses ont en commun de produire le concept juridique moderne d'État en ce qu'elles tendent toutes à reconnaître au législateur le monopole de la production normative.

On pourrait ajouter, suivant Hart, la thèse non cognitiviste selon laquelle les jugements moraux ne peuvent être établis ou prouvés par des arguments rationnels[3], encore qu'une telle thèse relève surtout du premier sens, du positivisme méthodologique, non du positivisme théorique (mais Hart ne procède pas à la même distinction que Bobbio). Cependant, si de nombreux partisans du positivisme juridique comme théorie du droit partagent cette thèse, cela n'a pas été et n'est toujours pas le cas.

Hobbes et Bentham figurent en excellente place ici et leur théorie du droit est une parfaite illustration d'une théorie juridique positiviste qui fait une place au cognitivisme.

Bobbio a fort bien démontré que la loi naturelle n'a, chez Hobbes, pas d'autre fonction que de justifier l'obéissance à la loi positive et qu'il suffit de se reporter au contenu des trois premières lois naturelles qu'identifie Hobbes pour se rendre compte qu'elles tendent toutes à affirmer que l'obéissance à la loi positive est le seul moyen de sortir de la guerre[4]. Dès lors, Hobbes détruit la hiérarchie traditionnellement utilisée par les doctrines jusnaturalistes entre le droit naturel et le droit positif: si, à première vue, le droit positif est toujours formellement subordonné au droit naturel, il en est substantiellement indépendant, il ne tire pas sa validité de sa conformité à la loi naturelle mais de ce qu'il est un impératif du souverain-représentant ("representative sovereign") auquel les juges doivent se soumettre plutôt que de prétendre suivre la Common Law. La théorie du droit de Hobbes vise ainsi à raréfier les sources du droit pour les concentrer dans les mains du souverain. Quant à Bentham, on sait son attachement à la codification comme seul moyen d'apporter un remède efficace aux maux dont souffre la Common Law, remède d'autant plus nécessaire qu'à défaut, ce sont les juges qui feront la loi au détriment du peuple. Or, Hobbes comme Bentham demeurent cognitivistes. Hobbes continue de raisonner en termes de loi ou de droit naturels et tend à croire que l'on peut déduire des normes juridiques de quelques lois relatives à la nature humaine. Bentham, lui, se méfie certes de la "nature humaine" comme de la peste, mais il lui substitue l'utilité qui, érigée en fondement ultime de toutes les normes juridiques permet d'affirmer que de ce qu'une chose *est* utile, il s'ensuit qu'elle *doit être* suivie. Bref, le positivisme juridique comme théorie du droit est parfaitement compatible avec le cognitivisme.

---

[3] H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 57-58, note 25.

[4] N. Bobbio, "Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes", dans *Studi in memoria di Goele Solari*, Torino, Ed. Ramella, 1954 repris dans *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989, p. 111 s.

Enfin, en un dernier sens, le positivisme désigne une idéologie de la justice que résume la formule *Gesetz ist Gesetz* laquelle entend traduire qu'il y a une obligation morale d'obéir au droit (quel que soit son contenu). C'est là une conception légaliste qui n'est plus une définition du droit mais une évaluation de ce dernier dans la mesure où elle repose sur la croyance que le droit positif n'est pas seulement en soi un critère de justice, comme chez Hobbes où le droit positif est un moyen de remédier à la guerre que produit inévitablement le droit subjectif de chacun; le droit positif n'est pas non plus seulement perçu comme un moyen de garantir la justice. Dans cette conception, le droit positif est juste parce qu'il est le droit. Cette idéologie n'est ni désuète ni rare: Ross croyait la voir dans la théorie de la validité de Kelsen (même si on peut raisonnablement penser que Ross se trompait); on la rencontre aujourd'hui chez les théoriciens contemporains de la "normativité" du droit.

Une fois ces distinctions faites, Bobbio conclut qu'il n'y a aucune relation ni logique ni historique entre ces trois sens de "positivisme".

1.2. Un sens de "jusnaturalisme"

On distingue habituellement deux formes de jusnaturalisme: l'un classique, l'autre moderne. Bobbio ne discute pas cette classification mais la dépasse. Son argument consiste à dire que classique ou moderne, le jusnaturalisme échoue à fournir une morale qui puisse servir de fondement au droit positif car nul ne parvient à s'accorder sur ce que l'on entend par "nature" ou "raison", "nature humaine" ou "raison humaine". de sorte qu'il y a autant de définitions de la nature que de personnes pour en parler. C'est la raison pour laquelle le jusnaturalisme ne peut pas être défini par son contenu – il n'en possède aucun de précis – mais par sa fonction: ce n'est pas une morale mais une théorie de la morale laquelle se réduit au cognitivisme éthique où les valeurs éthiques sont objectives et donc susceptibles d'être connues. Bref, les doctrines jusnaturalistes ont un commun un certain mode de raisonnement que l'on peut présenter ainsi:

- elles considèrent toutes qu'une partie des règles sociales ne dépend pas des êtres humains historiques mais de la Nature (quel que soit le nom qu'elles lui donnent: cosmos, Dieu, Raison, Instinct);
- elles considèrent également que les règles naturelles sont situées à un niveau axiologique supérieur aux règles positives.

Autrement dit, selon Bobbio, le jusnaturalisme se fonde sur le sophisme naturaliste. C'est précisément pour cette raison – une raison logique – et non pour des raisons morales qu'il est indéfendable: la nature n'est pas un critère valide susceptible de déterminer une norme de conduite et, quand bien même déterminerait-elle une telle norme, il serait logiquement impossible de justifier que l'on "doive" s'y conformer car cette norme n'est qu'un jugement de valeur, une prescription. Or, logiquement parlant et conformément à la loi de Hume, il est impossible de déduire un jugement de valeur d'un fait, une prescription d'une description.

Cela ne signifie pas pour autant que le jusnaturalisme ne mérite aucune considération: les doctrines jusnaturalistes furent mises au service de revendications en faveur d'une modification du droit positif[5], au nom de la Raison ou de la Nature et certaines pouvaient emporter l'adhésion (quand le changement tendait à instaurer voire à accroître l'égalité, par exemple). Mais cet aspect historique n'a rien de logique.

2. Le positivisme de Bobbio

[5] À la différence de Kelsen pour qui tout jusnaturalisme est conservateur.

Suivant Riccardo Guastini[6], on peut identifier le cœur du positivisme de Bobbio à l'aide de trois propositions:

a) les normes juridiques ne sont pas des valeurs mais des faits: on ne peut obéir qu'à des valeurs et non à des faits mais on ne peut connaître que des faits et non des valeurs. Dès lors, on ne peut avoir connaissance que des faits par lesquels des valeurs sont exprimées;

b) aucune norme ne se trouve dans la nature: les normes sont des entités linguistiques qui ne dépendent que de notre usage du langage, elles ne peuvent être produites que par des actes de volonté, il n'y a pas d'impératif sans un Imperator;

c) connaître la nature ne consiste pas en la connaissance des valeurs mais en celle des faits.

Et parce que Bobbio a toujours soutenu qu'il n'existait aucune relation entre les trois formes de positivisme, on peut considérer que son positivisme ne le conduit pas à adhérer à une théorie impérativiste des normes, ni à une théorie formaliste de l'interprétation pas plus qu'à une idéologie du droit comme idéal de justice où le droit serait présenté comme un ordre de valeurs objectives.

Ainsi, comme l'ont souligné Guastini, Bovero et Ruiz Miguel[7], le positivisme de Bobbio est largement épistémologique dans la mesure où Bobbio a toujours adopté une approche descriptive du droit ou de la politique. Bobbio, explique Bovero, cherche moins à décrire un système juridique que les conditions dans lesquelles existe un système juridique[8].

Qu'il n'ait pas défendu une théorie positiviste du droit, Bobbio lui-même le reconnaît bien volontiers. À la fin de son cours sur le positivisme juridique (1960-1961), il expliquait que des trois aspects du positivisme juridique, il accueillait totalement la méthode; que pour ce qui était de la théorie, il conservait une définition du droit comme coercition, une théorie des sources privilégiant la loi et une théorie de la norme juridique comme impératif mais rejetait la théorie de l'ordre juridique comme un ensemble complet et cohérent ainsi que la thèse de l'interprétation comme pur acte de connaissance; et que pour ce qui concernait l'idéologie, il considérait que les versions faibles du positivisme éthique étaient acceptables[9].

Cette affirmation est reprise avec une légère nuance à la fin de son article de 1962, "Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico" où il conclut que face à l'idéologie positiviste il se définit sans tergiversation comme jusnaturaliste, que pour ce qui est de la méthode, il est fortement convaincu par celle positiviste mais qu'en matière de théorie du droit il n'est ni l'un ni l'autre[10].

On peut toutefois rester sceptique devant une telle affirmation et se demander si, malgré lui, Bobbio n'était pas contraint de défendre une théorie du droit positiviste.

3. Positivisme méthodologique et description de l'ordre juridique

---

[6] Préface à N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. française par M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 7.

[7] *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, CEC, Madrid, 1983, not. p. 174 s.

[8] M. Bovero, "Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia", dans *Ragion pratica*, 25, 2005.

[9] *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 250.

[10] Rivista di diritto civile, VIII, 1962, p. 503-515 et rééd. *op. cit.*, 1972, p. 146: "di fronte allo scontro delle ideologie, dove non è possibile alcuna tergiversazione, ebbene sono giusnaturalista; riguardo al metodo, sono, con altrettanta convinzione, positivista; per quel che si riferisce, infine, alla teoria del diritto, non sono né l'uno né l'altro".

On se souvient que le positivisme méthodologique ou épistémologique (peu importe ici), en tant qu'il se définit lui-même comme une théorie de la connaissance du droit et non une théorie du droit, entend réduire la connaissance aux seuls faits et ne produire aucune évaluation concernant ce que le droit devrait être.

Toutefois, une telle connaissance a bel et bien besoin d'un objet. Lequel? Et comment le positivisme méthodologique peut-il le trouver? Bobbio stipule-t-il cet objet "droit", objet de la connaissance empirique? Rien ne permet de l'affirmer bien que l'on puisse voir dans la proximité – au demeurant parfaitement assumée – de Bobbio à l'œuvre de Kelsen une forme de "stipulation par autrui" si l'on peut dire[11]. Il reste que, quoi qu'il en dise, on ne peut exclure que Bobbio tienne pour acquise une conception du droit selon laquelle le droit valide, le droit positif est défini comme "ce qui est produit par des organes juridiques".

Or, cela signifie que le positivisme méthodologique présuppose une théorie positiviste du droit ou des sources du droit. Laquelle? Sans doute pas celle de Hobbes si on entend par là une conception étroitement formaliste du droit qui tend à justifier l'absolutisme. En revanche, il semble assez clair que Bobbio a toujours lié le droit à l'existence de l'État et défini les normes juridiques comme des impératifs assortis d'une sanction spécifique: externe, institutionnalisée et pourvue d'une efficacité renforcée, la sanction que le droit prévoit pour les normes juridiques distingue ces dernières des normes morales ou sociales[12].

Sans doute ne pouvait-il faire autrement. En effet, dès lors que l'on souhaite décrire le droit positif en tant que fait, on ne saurait retenir une description de l'ordre juridique comme ordre statique ni une définition matérielle de la validité, selon laquelle la validité d'une norme ne dépendrait pas de l'auteur de la norme mais seulement de son contenu. La raison tient, pour le dire très simplement, au fait qu'une telle conception de la validité conduit inévitablement à – voire présuppose – une conception spécifique de l'ordre juridique comme un ordre normatif statique, c'est-à-dire un ordre dans lequel les normes peuvent être déduites les unes des autres dès lors qu'a été identifiée la première norme. Or, si l'on admet que les normes peuvent être déduites les unes des autres et tirent leur validité non de leur auteur mais uniquement de leur contenu, cela implique qu'elles ne sont plus le résultat d'un acte de volonté mais d'un acte de connaissance. Cela signifie également qu'une connaissance des normes en tant que telles est possible et non pas seulement une connaissance des actes ou des faits par lesquels ces normes sont produites. Dans ces conditions, la connaissance du droit positif ne peut plus prétendre rester axiologiquement neutre: décrire les normes c'est connaître les valeurs que ces normes contiennent. Or, une telle thèse est irrecevable pour qui considère que la séparation entre le droit et la morale est un préalable à l'analyse du "droit".

Bobbio aurait certes pu se contenter d'une attitude métathéorique et se borner à décrire des théories du droit. Voire, s'il avait adhéré à une épistémologie non positiviste, chercher à évaluer ces théories au regard de certaines valeurs sociales ou politiques. Mais ce n'est pas ce qu'il a fait ni même ce qu'il pouvait faire: parce qu'il raisonne selon le cadre positiviste – et il faut entendre ici "positivisme" au sens large, celui du positivisme logique – Bobbio cherche à vérifier les thèses défendues par les différentes théories du droit, et parce que toute description a besoin d'un référent auquel confronter la théorie, Bobbio présuppose un objet "droit" ou un "droit objet de la connaissance" qui est intimement lié à son propre positivisme. Or, cet objet *doit*, au regard des exigences de cohérence, être constitué de faits et non de valeurs.

---

[11] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* (1959-1960), Torino, Giappichelli, 1993, p. 161: "non ho bisogno di aggiungere che il mio corso si riallaccia direttamente all'opera di Kelsen, di cui costituisce ora un commento ora uno sviluppo".

[12] *Ibid.*, p.196-199.

L'analyse que Bobbio fait de la validité des normes est ici très instructive. Lorsque Bobbio défend l'idée que les normes sont des entités linguistiques, c'est pour mieux écarter le dualisme ontologique du *Sein* et du *Sollen* qui, dans un premier temps, conduit Kelsen à penser les normes comme relevant du monde du *Sollen* tandis que les faits relèveraient du monde du *Sein*. Ainsi, pour Bobbio comme pour Scarpelli[13], la distinction entre les normes et les propositions est purement linguistique et non ontologique. De là Bobbio est-il conduit à penser la validité comme un critère d'évaluation des normes équivalent à la vérité pour les propositions[14]. Or, cette thèse est essentielle car, dans ces conditions, la validité est un fait qui ne dépend d'aucun jugement de valeur de la part de l'observateur : une norme ne peut être produite sans un acte de volonté mais sa validité ne dépend pas de ce fait[15]. De même Bobbio a-t-il très vite cherché à définir les normes juridiques non par leurs qualités intrinsèques mais par leur appartenance à l'ordre juridique et a – peut-être avant Kelsen lui-même – insisté sur cette idée qu'une norme est valide non pas tant en raison de son contenu qu'en raison du processus par lequel elle a été produite. Ainsi Bobbio a-t-il été conduit à prendre la mesure de ce qu'un ordre juridique n'est pas seulement statique mais aussi, sinon surtout, dynamique. Dès lors, la validité n'est plus indépendante de l'auteur de la norme et le droit cesse d'être un ordre normatif déductif. Or, en tant que tel, le positivisme juridique épistémologique ne contient aucune théorie de la validité et il ne peut la trouver que dans le positivisme juridique théorique.

Autrement dit et sans vouloir donner de leçons à Bobbio, le positiviste qui voudrait s'en tenir à une position purement épistémologique serait condamné à une paraphrase des théories des uns et des autres mais ne pourrait même pas réfuter la théorie de la validité d'un jusnaturaliste car une telle théorie n'est pas contestable d'un point de vue théorique, elle l'est seulement d'un point de vue épistémologique. Dès l'instant que l'on admet que les faits et les valeurs ne sont pas séparés, on ne peut pas décrire la validité comme purement factuelle et formelle. De même, dès l'instant que l'on sépare les faits des valeurs, l'inverse – une description de la validité axiologique – n'est plus possible. Le choix épistémologique détermine le choix théorique et quiconque considère que les valeurs ne peuvent jamais être mises de côté, tendra à considérer que la thèse d'une validité purement factuelle est erronée tant lui paraîtra évident qu'un critère de justice s'attache à la conformité formelle. Dans ces conditions, l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme ne relève pas de la théorie du droit mais de l'épistémologie.

Bobbio n'échappe pas à ce déterminisme et s'il n'a pas cru défendre (ou s'il a cru ne pas défendre) un *positivisme* comme théorie du droit, il a bel et bien défendu une théorie *positiviste* du droit. Certes, Bobbio n'a effectivement pas construit une théorie du droit comme Kelsen l'a fait avec la théorie pure et la meilleure façon de le dire est sans aucun doute d'admettre, avec Bovero, que Bobbio s'est surtout occupé de définir les conditions d'existence d'un ordre juridique. Pour autant, dire cela n'empêche pas de relever que ces conditions d'existence résultent elles-mêmes d'une théorie du droit qui ne pouvait être autre que positiviste.

Dans ces conditions, il ne fait guère de doute qu'il y a un lien logique, conceptuel, entre le positivisme épistémologique et le positivisme comme théorie du droit. Dès lors qu'on adopte

---

[13] U. Scarpelli, *L'Eticà senza verità*, il Mulino, 1982, p. 94 s. ainsi que N. Bobbio, "Essere e dover essere nella giurisprudenza" (1967) repris dans *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 139-173.

[14] *Teoria generale del diritto* (1959-1960), *cit.*, chap. 3.

[15] R. Guastini, Préface dans N. Bobbio cit., p. 15: " [pour Bobbio] une norme peut être valide ou invalide indépendamment du fait que quelqu'un l'a effectivement créée, posée ou promulguée".

une théorie de la connaissance qui sépare les faits et les valeurs, on est contraint d'admettre une théorie des sources du droit selon laquelle le droit est un fait de la volonté humaine. Rien de blâmable ici: pour un juriste positiviste, le seul moyen d'identifier le droit reste encore de l'appréhender non par son contenu mais par sa forme. Ainsi, la science du droit positiviste peut-elle être à peu près certaine de ne trouver dans cette forme aucun jugement de valeur. Décrire cette forme, c'est décrire de façon neutre le mode de production des normes et donc l'organisation du pouvoir.

Il demeure que cette neutralité a toujours été contestée et continue de l'être aujourd'hui au nom de la "normativité" du droit et du "primat du point de vue interne".

4. Positivisme épistémologique et "point de vue interne"

Selon le positivisme juridique inclusif, le droit n'inclut pas nécessairement des valeurs morales mais lorsqu'une norme fait référence à des concepts moraux, ce qui arrive très souvent dans les textes constitutionnels modernes exprimant des principes, le contenu du droit ne peut pas être identifié et décrit en termes axiologiquement neutres: son identification dépend d'une évaluation morale[16]. Dès lors, tout jugement de validité relatif à ces normes ne consiste plus en un jugement de fait qui s'attacherait à déterminer l'appartenance d'une norme au système juridique au regard des critères fournis par ce système mais doit laisser place à la morale. Or, dans la mesure où le positivisme juridique comme épistémologie se refuse à mêler les jugements moraux aux jugements de validité, il doit être écarté au profit de ce qu'on appelle, depuis Hart, le "point de vue interne". Ce point de vue est celui que partagent ou adoptent tous ceux qui identifient une règle comme juridiquement valide car alors ils "appliquent à une règle particulière du système juridique une règle de reconnaissance admise quoique non formulée". Lorsqu'un juge dit, par exemple, que telle règle donnée est valide, il reconnaît "qu'elle satisfait à tous les critères fournis par la règle de reconnaissance"[17]. Celui qui accepte les règles comme un modèle général de comportement adopte un point de vue interne qui révèle une "attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun"[18]. Le point de vue externe, en revanche, consiste en une description de ces règles, une description de cette acceptation sans que l'on manifeste une quelconque adhésion à ces règles.

Cette distinction permettait à Hart de s'opposer aux thèses des réalistes scandinaves, dont Ross, pour qui le droit pouvait n'être décrit que d'un point de vue externe. Ross lui-même allait jusqu'à considérer le point de vue interne comme un fait psychologique. Pour Hart, toutefois, il s'agit moins d'un fait psychologique que linguistique: on peut obéir au droit sans éprouver le sentiment de l'obéissance mais on ne peut accomplir aucun acte juridique sans s'exprimer à l'aide d'un langage prescriptif[19]. Ainsi, pour Hart, le jugement interne selon

---

[16] W.J. Waluchow, *Incusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 1994; J. Coleman, "Second Thought and Other First Impressions", *in* B. Bix (dir.), *Analysing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford U.P., 1998, p. 265 s.; J.J. Moreso, "In Defence of Inclusive Legal Positivism", *in* P.L. Chiassoni (dir.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 37-63, également publié dans *Diritti & questioni pubbliche*, 1/2001, p. 99-117; v. V. Villa, "Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive posivism", *in* P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto*, 2000, Torino, Giappichelli, 2001 et *Diritti & questioni pubbliche*, 1/2001, p. 56-90; v. aussi S. Pozzolo, "Riflessioni su *inclusive e soft positivism"*, *in* P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto*, 2000, Torino, Giappichelli, 1998, p. 231-244.

[17] H.L.A. Hart, *Le concept de droit* (1961), trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, PFUSL, 1976, p. 130.

[18] *Ibid.*, p. 78.

[19] H.L.A. Hart, "Scandinavian Realism" (1959), dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* cit., p. 161-169. V. aussi, *Le concept de droit*, p. 114: "ce que le point de vue externe, qui se réduit à des régularités observables de comportement, ne peut reproduire c'est la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de ceux qui les

lequel "La règle X est obligatoire et doit être respectée (pour cette raison)" manifeste la reconnaissance du caractère obligatoire de telle règle et apparaît *comme une raison suffisante susceptible de justifier la sanction* en cas de violation de cette règle[20].

Le problème principal auquel se heurte cette thèse du "point de vue interne" est qu'elle confond deux concepts de validité: l'un, descriptif, qui se réduit aux critères d'appartenance d'une norme au système juridique, autrement dit, la conformité matérielle et formelle d'une norme aux normes primaires et secondaires qui lui sont supérieures; l'autre, prescriptif, qui revient à affirmer le caractère obligatoire de la norme. Cette confusion est très ancienne et est à l'origine de la critique bien connue que Ross adresse à Kelsen et qui le conduit à conclure que Kelsen est un quasi-positiviste. On le sait, l'argument de Ross consiste à dire que définir l'existence d'une norme par sa validité et sa validité par son caractère obligatoire c'est réitérer la norme elle-même, de sorte que dire d'une norme qu'elle est valide c'est la prescrire et non décrire la relation de cette norme à une ou plusieurs autres[21]. On a pu montrer que cette critique était excessive car, lorsqu'il définit la validité d'une norme par son caractère obligatoire, Kelsen ne vise pas le caractère *moralement* obligatoire de la norme mais seulement son caractère contraignant à l'égard de ses destinataires, c'est-à-dire principalement des organes d'application et notamment les juges, autrement dit, son caractère *juridiquement* obligatoire ou encore le caractère obligatoire d'une norme *relativement* à un système de normes juridiques[22]. Il en va *grosso modo* de même pour Hart qui raisonne en se fondant sur la situation dans laquelle se trouvent les organes d'application du droit. Or, il ne semble pas contestable que le jugement de validité du juge, par exemple, n'est pas celui de la science du droit ni non plus celui de la morale: une fois identifiée la norme comme valide, le juge la tiendra pour juridiquement mais non moralement obligatoire : elle sera obligatoire non en vertu du *fait* qu'elle *est* valide mais en vertu de la *norme* selon laquelle le juge *doit* appliquer les normes valides. Il reste que Kelsen et Hart auraient sans doute gagné à distinguer également deux sens de l'énoncé de "norme obligatoire"[23]: l'un, prescriptif, qui revient à réitérer que telle norme doit être suivie; l'autre, descriptif, qui porte sur l'existence dans le droit positif d'une norme qui, parce qu'elle est une norme, impose un certain comportement. Cette distinction correspond donc à deux niveaux de discours: l'un qui est celui du droit-objet et l'autre celui du métadiscours descriptif du droit-objet, distinction à laquelle on sait combien Bobbio était attaché[24]. Or, à bien regarder, le "point de vue interne" correspond au droit-objet et non à celui de la science du droit.

C'est précisément cette distinction des niveaux de discours que les partisans du positivisme juridique inclusif semblent omettre. Raisonnant à partir de normes qui font référence à des concepts moraux, ils tendent à croire que tout jugement de validité se doit d'inclure

---

utilisent, au fil des situations, comme des modèles pour la direction de la vie en société, comme le fondement de prétentions, de réclamations, de reconnaissances, de critiques ou de peines, en un mot, dans toutes les transactions courantes d'une vie régie par les règles. Pour eux, la violation d'une règle ne constitue pas seulement une base qui leur permet de prédire qu'une réaction hostile va s'ensuivre, mais une raison de cette hostilité".

[20] "Scandinavian Realism", *art. cit.*, p. 166.

[21] A. Ross, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961 (46-93), p. 80.

[22] M. Troper, "Ross, Kelsen et la validité", dans *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 28-34 ici p. 29.

[23] R. Guastini, "Conoscenza senza accettazione", dans *Scritti in onore di Uberto Scarpelli*, repris dans *Distinguendo*, Torino, Giappichelli, 1996, not. p. 335 et p. 341.

[24] N. Bobbio, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio" (1950), repris dans *Contributi ad un dizionario giuridico,* Torino, Giappichelli, 1994, chap. XVIII.

l'évaluation morale à laquelle un organe d'application est contraint de recourir du fait de la présence de concepts moraux dans les normes juridiques. Ce faisant, ils en viennent à identifier le jugement de validité de la science du droit avec celui des organes d'application du droit.

Or, face à ces normes juridiques qui font référence à des concepts moraux, une autre attitude est parfaitement possible qui tend à considérer que le droit autorise le juge à user de jugements moraux ou à appliquer un critère moral. Cela ne revient cependant pas à subordonner la validité juridique d'une norme à sa validité morale car, dans la plupart des cas, le droit positif ne précise jamais à quelle morale le juge devra aller puiser son inspiration. En sorte que, contrairement à ce que l'on croit bien souvent, plus les normes juridiques à contenu moral sont nombreuses, plus s'accroît le pouvoir discrétionnaire du juge. On pourrait ici dire de la morale ce que Bobbio disait de la "nature": ce n'est un critère pertinent pour identifier une norme de conduite car il y autant de conception de la morale que de personnes pour en parler. Autrement dit, adhérer au positivisme épistémologique et à une théorie positiviste du droit n'empêche aucunement de rendre compte de la relation que le droit entretient avec la morale ou avec tout autre système normatif[25]. À chaque fois, pourtant, cette relation peut être décrite en termes factuels et sans que celui qui la décrit ait besoin de recourir à des valeurs pour la comprendre, au risque de faire prévaloir ses propres valeurs sur l'objet étudié.

En définitive, on peut se demander si le positivisme juridique inclusif ne procède pas plutôt d'un présupposé épistémologique selon lequel une connaissance du droit comme fait serait en réalité impossible car toute connaissance supposerait des jugements de valeur, y compris des jugements de valeur épistémiques. Un tel présupposé n'a rien de très étonnant: il est le résultat du procès du positivisme qui a commencé avec la critique des "dogmes de l'empirisme" et qui aboutit à la contestation de la dichotomie des faits et des valeurs[26]. Mais dans ce cas, pourquoi et comment parler encore de "positivisme"?

---

[25] On peut ici songer à l'économie tant on sait à quel point aujourd'hui les concepts économiques sont utilisés en droit de la concurrence notamment.

[26] On pense évidemment à Quine, Davidson et Putnam dont vient de paraître récemment en français: *Fait/Valeur: la fin d'un dogme et autres essais* (2002), trad. fçse M. Caveribère et J.-P. Cometti, Paris, L'éclat, 2004.