



HAL
open science

**Dimension idéale du droit et dépassement du
positivisme juridique contemporain Une discussion avec
Robert Alexy**
Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Dimension idéale du droit et dépassement du positivisme juridique contemporain
Une discussion avec Robert Alexy. 2016. halshs-01424416

HAL Id: halshs-01424416

<https://shs.hal.science/halshs-01424416v1>

Preprint submitted on 2 Jan 2017

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.

Dimension idéale du droit et dépassement du positivisme juridique contemporain Une discussion avec Robert Alexy

Jean-Yves Chérot
Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit), Aix-en-Provence

I. - Introduction

Robert Alexy a relancé et conduit à renouveler le débat classique entre juspositivisme et jusnaturalisme¹ en proposant d'argumenter de façon nouvelle à partir de l'illustration de la thèse proposée par Radbruch dans un article célèbre de 1946², selon laquelle, dans une formule ramassée par Alexy lui-même, « une loi gravement injuste n'est pas du droit »³. Les livres et articles de Robert Alexy sur ce thème sont nombreux et importants. Nous nous en tenons ici principalement aux articles de Robert Alexy soumis au débat par le professeur Massimo La Torre lors du séminaire de Catanzaro de décembre 2015⁴.

On a reproché à Alexy d'avoir mené une attaque contre le positivisme juridique qui en présente une image déformée et plus généralement d'avoir voulu donner au débat entre jusnaturalisme et juspositivisme une portée qu'il n'aurait pas ou qu'il n'aurait plus si on tient compte des développements de ce que certains appellent le « positivisme juridique contemporain » dans le monde anglo-saxon⁵.

A vrai dire, la même chose pourrait être dite à propos de la formule de Radbruch que se propose de défendre Robert Alexy. Dans sa traduction en anglais, donnée par Bonnie Litschewski Paulson et Stanley L. Paulson⁶, la thèse de Gustav Radbruch est ainsi formulée :

« The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as 'flawed law', must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory lawlessness and statutes that are valid despite their flaws ».

¹ Robert Alexy, *The Argument From Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2002 (trad. anglaise de Begriff und Geltung des Rechts, 1992).

² Gustav Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1, 1946, p. 105-108.

³ Par exemple dans Robert Alexy, « Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis », *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2013, n° 2, p. 97-110 (ici p.)

⁴ Robert Alexy, « Some reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis », *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2013, n° 2, p. 97-110 ; Alexy, debate with A. Marmor, in *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 39, 2005, p. 769-772 ; V. aussi : Robert Alexy, « Legal Certainty and Correctness », *Ratio Juris*, 28, 2015, n° 4, p. 441-451 ; Alexy, « An Answer to Joseph Raz », in G. Pavlakos, ed., *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, p. 37-55 ; Alexy, « On Necessary Relations Between Law and Morality », *Ratio Juris*, 2, 1989, n° 2, p. 167-183.

⁵ V. Joseph Raz, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », in G. Pavlakos, ed., *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, réédité in Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 2009, p. 313-335.

⁶ Gustav Radbruch, « Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) », *OJLS*, 26, n° 1, 2006, p. 1-11.

Radbruch ajoute aussi :

« One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely 'flawed law', it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice ».

A la seule lecture de ce texte, le lien entre les deux propositions n'est pas clairement établi⁷. Radbruch semble distinguer deux cas, celui où le conflit entre la certitude du droit et l'injustice atteint un degré si intolérable que les juges doivent faire pencher la balance vers la justice contre la loi et où le droit défectueux (*flawed law*) doit céder devant la justice et celui où il n'y a même pas dans ce qui est posé comme du droit une quelconque recherche de justice, où, au contraire, la justice élémentaire est « trahie » de telle sorte qu'il n'est même plus possible de parler d'un droit défectueux : il n'est plus possible de dire encore qu'il y a du droit. On peut se demander si ces propositions sont étroitement liées ou bien si elles distinguent deux idées et deux théories différentes. On peut noter que la première phrase à la lire de façon purement textuelle et isolée ne semble pas remettre en cause la validité des lois défectueuses sur le plan moral. Si Radbruch demande lorsque l'injustice est trop forte de faire prévaloir la justice sur la loi, cela pourrait donc être pour de simples raisons morales et non des raisons juridiques, ce qui serait, comme on le montrera, parfaitement conforme à la théorie positiviste du droit⁸.

Mais en général on tient les deux parties de la formule comme complémentaires, la deuxième partie de la formule éclairant le sens de la première et reliant la question de ce que doivent faire les juges à la question de la nature du droit⁹.

S.L. Paulson démontre que Radbruch aurait toujours défendu la thèse selon laquelle il était de la nature du droit de rechercher la justice, mais il aurait longtemps et avant la période nazie considéré que la certitude juridique était aussi un principe important qui méritait d'être défendu contre les tendances des juges à faire prévaloir leur subjectivité (en l'occurrence, en Allemagne sous Weimar, leur préférences en faveur des conservateurs), au point d'avoir défendu l'obligation pour les juges de faire abstraction de toutes idées personnelles sur la justice pour appliquer strictement le droit tel qu'il était écrit, ce qui a été compris comme un point de vue juspositiviste, mais à tort selon les explications très pertinentes fournies par S.L. Paulson¹⁰. La formule de 1946 marque une évolution sur ce deuxième point, mais non sur la question même de la nature du droit.

Comme le fait encore remarquer S.L. Paulson, que Radbruch ait défendu avant guerre le principe « la loi, c'est la loi » a fait penser de nos jours qu'il avait ainsi défendu le principe de séparation du droit et de la morale, compte tenu, dans le contexte actuel de la philosophie du droit, de l'importance qu'a pris ce principe depuis Hart dans la caractérisation du positivisme juridique contemporain, et que, au contraire, dans la formule de 1946, c'est la

⁷ V. Brian Bix, « Robert Alexy, Radbruch's Formula and the Nature of Legal Theory », *Rechtstheorie* 37, 2006, p. 139-149.

⁸ Sur ce point et cette lecture possible de la première phrase de Radbruch, voir Joseph Raz, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », précité, p. 327.

⁹ Quoi qu'il en soit, la première phrase de la formule de Radbruch a été utilisée à de nombreuses reprises par les tribunaux en Allemagne soit pour écarter le droit nazi soit pour considérer comme nulles des lois de la RDA après la réunification. Par exemple : « The conflict between the positive law and justice must be so intolerable that the law qua 'flawed law' must yield to justice » (decision of 3 November 1992, de la cour fédérale pour les affaires civiles et criminelles, in *Neue juristische Wocheschrift* 46 (1993) 144-145).

¹⁰ S.L. Paulson, « On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers », *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 2006, n° 1, p. 17-40.

mise en cause de la thèse positiviste de la séparation du droit et de la morale telle qu'entendue par Hart qui est mise en cause. De telles lectures et interprétations avaient toutes les raisons d'être erronées. Radbruch n'a pas défendu la séparation du droit et de la morale ; il a au contraire défendu dans sa philosophie du droit développée dans un contexte néokantien que la nature du droit impliquait la recherche de la justice. Il y a également peu de chances que l'on puisse lier sa formule comme une réponse au positivisme juridique tel qu'il a reçu des développements et des raffinements considérables bien après 1946 et dans lesquels la thèse de la séparation a été ramenée, comme on le dira, à une théorie de la validité juridique dans un sens étroit.

La confusion, qui a conduit à voir dans l'évolution de Radbruch un passage du positivisme juridique à un non-positivisme, sans plus de précisions, pèse encore sur l'analyse de sa formule et sur son interprétation. Car cette formule elle-même ne semble pas en mesure de répondre aux arguments principaux du positivisme juridique.

Robert Alexy a de longue date proposé de défendre une version de la formule de Radbruch en renouvelant les arguments venant à l'appui de son fondement dans une réflexion sur la nature du droit et notamment dans une théorie sur la nature duale du droit, et sur l'existence d'une dimension idéale ou idéelle du droit rattachée à sa revendication à la conformité à la justice (*claim to correctness*). La raison principale de la thèse selon laquelle le droit est nécessairement connecté à une dimension idéelle est l'argument fondé sur la conformité à la justice (*argument from correctness*). Selon cet argument les normes juridiques individuelles et les décisions juridiques individuelles aussi bien que les systèmes juridiques en tant que tels posent nécessairement une affirmation de conformité. Cette revendication est nécessairement implicite dans le droit. La meilleure démonstration en est la contradiction performative 'un énoncé de droit qui se présenterait explicitement comme posant une règle ou une décision injuste. Le contenu de la revendication de conformité du droit concerne la justice ou la moralité¹¹.

Deux arguments principaux contre le scepticisme sont évoqués par Alexy. Le premier est qu'un discours moral rationnel est possible. La démonstration prend ses racines dans la théorie du discours qui définit les conditions d'une rationalité discursive dans un système de principes, de règles et de formes du discours pratique général. Ce système comprend des règles qui demandent le respect de la non-contradiction, la clarté de langage, la *reliability* des prémisses empiriques, la sincérité aussi bien que des règles et des formes qui parlent des conséquences et aussi de la mise en balance, de l'universalisation et de la genèse des convictions normatives. Le deuxième argument contre le scepticisme est qu'il est possible sur la base des conditions de la rationalité discursive de donner une justification aux droits de l'homme et en référence aux éléments centraux de justice.

Naturellement, cela ne signifie pas que toutes les questions morales puissent être résolues par les seuls arguments moraux car les droits et les principes entrent souvent en collision avec d'autres droits et principes et avec des biens collectifs. Il faut les mettre en balance et cette mise en balance peut supporter des jugements différents. Ce problème est une des raisons principales de la nécessité de l'existence du droit positif. Mais la nécessité de la positivité n'implique cependant en rien le positivisme. Elle implique la conformité morale de la positivité. Et la conformité morale de la positivité n'écarte pas la moralité une fois le droit positif établi. La moralité, qui est la dimension idéelle, reste vivante dans et à l'arrière de la dimension réelle du droit.

¹¹ Ce qui implique d'admettre la possibilité d'une objectivité de cette revendication. Ce qui est contesté par les tenants d'un scepticisme radical dans ses diverses formes de l'émotivisme, décisionnisme ; subjectivisme, relativisme déconstructionnisme, etc.

Robert Alexy s'inscrit formellement dans le champ d'un débat centré sur les thèses qui sont au cœur du juspositivisme contemporain. Il propose d'ailleurs à cet effet une typologie intéressante qui, tout en marquant les différences au sein du courant jusnaturaliste, a pour effet et pour but de marquer la pertinence des différences globales entre les deux courants majeurs : la proximité de certains auteurs jusnaturalistes avec la thèse considérée comme centrale du juspositivisme ne va pas non plus sans des différences pertinentes entre jusnaturalisme et juspositivisme (section II). Il reste cependant qu'Alexy semble perdre de vue un aspect central de la thèse positiviste qui combine la thèse de l'absence de connexion nécessaire entre droit et morale dans la détermination du droit et séparation entre la validité du droit et sa légitimité morale (section III). Le positivisme juridique lie en effet le principe de séparation du droit et de la morale en ce qui concerne la théorie de la validité juridique à d'autres distinctions (validité du droit et nature du droit ; application du droit et création du droit) (section IV). On se demande ainsi si ce n'est pas une attention trop grande à la thèse de la validité du droit chez les positivistes qui fait manquer à Alexy le moyen de trouver les moyens conceptuels de mieux défendre sa thèse sur la nature idéale du droit (section V).

II. - Jusnaturalisme et juspositivisme chez Alexy

On a reproché à Alexy de placer trop d'importance dans le clivage entre le jusnaturalisme et le juspositivisme. Il est vrai que le positivisme juridique rassemble des thèses différentes comme l'ont rappelé, avec des distinctions d'ailleurs différentes, Norberto Bobbio¹², Hart¹³ ou encore Andrei Marmor¹⁴.

Il existe cependant un accord dans le positivisme juridique contemporain sur une thèse qui considère que déterminer ce qu'est le droit ou ce qui est de droit ne dépend pas nécessairement de considérations morales. Ainsi pour John Gardner, « dans un système juridique la question de savoir si une norme est valide légalement et donc de savoir si elle est une partie du droit de ce système, dépend de ses sources et non de ses mérites »¹⁵. John

¹² Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998.

¹³ Voir sa célèbre note n° 25 dans H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958 : « It may help to identify five (there may be more) meanings of "positivism" bandied about in contemporary jurisprudence:

(1) the contention that laws are commands of human beings, see pp. 602-06 (*infra*)

(2) the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be, see pp. 594-600 *supra*,

(3) the contention that the analysis (or study of the meaning) of legal concepts is (a) worth pursuing and (b) to be distinguished from historical inquiries into the causes or origins of laws, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from the criticism or appraisal of law whether in terms of morals, social aims, "functions," or otherwise, see pp. 608-10 *infra*,

(4) the contention that a legal system is a "closed logical system" in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, moral standards, see pp. 608-10 *infra*, and

(5) the contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of facts can, by rational argument, evidence, or proof ("noncognitivism" in ethics), see pp. 624-26 *infra*.

Bentham and Austin held the views described in (1), (2), and (3), but not those in (4) and (5). Opinion (4) is often ascribed to analytical jurists, see pages pp. 608-10 *infra*, but I know of no "analyst" who held this view ».

¹⁴ Pour A. Marmor, « any attempts to specify what legal positivism is about boils down to sadly proves that claim that it is very difficult to say something that is true about it. Why ? Partly because it is not a theory. It is a whole tradition of theories and often with contradictory theses. And partly because the complicated insights and theses of legal positivism are not reductible to catchy slogans as many commentators assume » (réponse à Alexy dans *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 39, 2005, p. 773).

¹⁵ « In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its source, not its merits » ; John Gardner, « Legal Positivism : 5 1/2 Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, p. 199-227. Pour Raz, « Possibly there is a fairly important thesis which is common to all the theories within the tradition of legal positivism. If so, then it is likely to be 'that determining

Gardner propose d'appeler cette thèse (LP*). Cela peut être considéré comme formant un noyau dur du positivisme juridique. La thèse comporte un volant négatif : ce qui permet de déterminer la validité du droit ne dépend pas nécessairement de considérations évaluatives sur ce qu'il devrait être. Le test de validité juridique final dans un système juridique ou test de validité juridique d'une proposition du droit relève du positivisme dès lors qu'elle ne fait en aucune façon référence aux mérites, y compris aux mérites que l'on verrait dans l'emploi de telle ou telle source formelle du droit. Elle comporte aussi un volant positif : la validité du droit dépend de sources sociales, de faits sociaux. Elle fait référence, dans les théories du positivisme juridique hartien, que l'on voit parfois appelé le « positivisme juridique contemporain », à une source sociale¹⁶.

Cette thèse positiviste comporte deux variables. La première soutient l'idée selon laquelle, si la validité du droit ne dépend pas nécessairement de considérations morales, cela pourrait être le cas, de façon contingente. Il se pourrait que la thèse positiviste puisse inclure comme norme valide légalement une norme en vertu de ses mérites, parce que la qualité de ces mérites figurerait dans une source sociale (le positivisme dit « inclusif »)¹⁷. La seconde soutient qu'il est nécessaire que ce qui est considéré comme valide ne dépende pas de considérations morales (le positivisme dit « exclusif »).

La thèse de la séparation entre le droit et la morale ne nie naturellement pas la possibilité de relations nombreuses et très significatives entre le droit et la morale, notamment le fait que les règles de droit reflètent souvent des règles morales préexistantes, que les règles de droit puissent elles-mêmes être à la source d'obligations authentiquement morales dans la société, que le droit en tant que tel puisse avoir une vertu morale notamment parce qu'il permet de stabiliser des solutions collectives nécessaires à la vie morale des groupements humains, etc. Raz évoque ainsi l'existence d'un « nombre infini » de relations entre le droit et la morale.

Robert Alexy construit sa théorie en affrontant directement la thèse centrale du positivisme juridique sur les sources de la validité juridique. Ce faisant, il revitalise, si c'était nécessaire, la distinction et la typologie qui séparent le positivisme juridique du jusnaturalisme. Sa théorie prend d'ailleurs au sérieux la thèse de la séparation du droit et de la morale en tant qu'elle concerne la définition de la validité juridique. Malgré quelques formulations par Alexy de la thèse positiviste de la séparation du droit et de la morale qui ont pu prêter à confusions¹⁸, ces risques de confusions sont levés si l'on veut bien faire une lecture charitable de son travail en tenant compte des précisions qu'il a lui-même ensuite apportées¹⁹. L'attaque de Robert Alexy porte bien sur le concept de validité juridique tel qu'entendu unanimement par les juspositivistes. Sur ces bases, Alexy propose une typologie qui marque des différences au sein du jusnaturalisme tout en identifiant, au sein de cette nouvelle typologie, les bases qui

what the law is does not necessarily or conceptually, depend on moral or other evaluative considerations about what the law ought to be in the relevant circumstances », Joseph Raz, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », *The Authority of Law*, Oxford, 2009, p. 319. V. aussi A. Marmor : « What is the dispute about ? It is mostly about the concept of legal validity. So it is mostly one crucial aspect of the separation thesis. Non-positivists claim that moral considerations do form an essential part of the conditions of legal validity. They determine essentially what the law is » (dans *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 39, 2005, p. p. 774).

¹⁶ Ce qui exclut la doctrine de Kelsen, dès lors qu'il fait aussi référence pour donner une signification objective à des faits sociaux à une hypothétique « norme fondamentale ».

¹⁷ Il y a ici une différence entre le positivisme inclusif et le positivisme exclusif. Pour le positivisme exclusif, le fait qu'une source du droit déclare comme du droit une norme juridique parce qu'elle est raisonnable ou juste n'a pas pour effet de valider quoi que ce soit tant que les autorités désignées par ailleurs pour décider ce qui est raisonnable ou juste ne l'ont pas fait. Toute référence dans une source aux mérites d'une norme comme critère de sa validité est une opération de délégation à des officiels le rôle de valider d'autres normes en les déclarant ici raisonnables ou justes.

¹⁸ V. Raz, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », précité, p. 314-319.

¹⁹ V. Alexy, « Answer to Joseph Raz », art. précité.

permettent de démontrer que chacune des versions ainsi identifiées du jusnaturaliste se démarque des thèses du juspositivisme.

Tout ce qui peut être dit pour la défense du non-positivisme dépend de la nécessité de la dimension idéale (idéelle) du droit. Alexy procède en trois étapes²⁰. La première concerne la vérité de la thèse selon laquelle le droit est nécessairement connecté à une dimension idéale (idéelle). Dans une deuxième étape, il soulève la question de savoir ce qui est compris par la dimension idéale du droit. La troisième étape consiste dans une analyse de l'impact de la dimension idéale sur la dimension réelle (institutionnelle) du droit dont il reconnaît l'importance centrale par ailleurs.

Dans le but de répondre à la question de savoir comment déterminer la relation entre la justice et la certitude juridique, on doit distinguer deux types de connexions, les connexions qu'il nomme respectivement pour reprendre leur formulation en anglais *classifying* et *qualifying*, entre droit et moralité. L'effet d'une connexion classificatoire ou d'étiquetage (*classifying*) est la perte de la validité juridique. L'effet de la connexion de qualification est un défaut juridique qui n'affaiblit pas pour autant la validité juridique. « If the defect were merely a moral one, it would be difficult to explain why a higher court – independently of what the positive law says – has the legal power to set aside the unjust decision of a lower court in a case in which this unjust decision is every bit as compatible with positive law as would be a just decision »²¹.

Après avoir dit cela, Alexy rappelle que la thèse positiviste de la séparation établit qu'il n'y a pas de connexion nécessaire entre la validité juridique ou la conformité juridique, d'un côté, et les mérites moraux ou la conformité morale, de l'autre. Cela implique que le positivisme, pour rester positiviste, doit nier à la fois une connexion nécessaire entre le défaut moral et la qualification juridique, que cette connexion soit simplement qualificative ou qu'elle soit invalidante du point de vue juridique. Le non-positivisme en revanche commence par défendre une connexion qualificative (le défaut moral est un défaut juridique). Sur cette base il peut déterminer une connexion « classificatoire » (le défaut moral devient invalidant) qui porte sur les effets des défauts du point de vue moral sur la validité juridique elle-même.

Il propose ainsi une nouvelle typologie au sein même du courant non-positiviste car on peut déterminer les effets de la défectuosité morale sur la validité juridique de trois façons différentes. On peut dire d'abord que la validité juridique est perdue dans tous les cas de défaut du point de vue de la morale (ce qu'Alexy appelle *l'exclusive non-positivism*) ; ou encore, deuxièmement, que la validité juridique est perdue dans certains cas seulement, les cas où il est gravement portée atteinte à la justice et pas dans les autres (*l'inclusive non-positivism*) ; ou encore, troisièmement, que la validité juridique n'est affectée d'aucune façon par la défectuosité morale du droit (le *super-inclusive non-positivism*).

Le non-positivisme super-inclusif connecte la dimension réelle, effective, du droit avec la dimension idéale par le biais d'une connexion qui qualifie le défaut moral de défaut juridique, mais qui recule devant les conséquences classificatoires qui feraient du défaut moral la cause d'une invalidité juridique. Cette forme de non-positivisme, qui serait défendue par John Finnis²², se distingue du juspositivisme en ce qu'elle reconnaît au moins la défectuosité sur le plan juridique du droit injuste. Alexy rappelle la façon dont Finnis exprime ici son jusnaturalisme : plutôt que de faire référence au concept de *moral correctness*, Finnis

²⁰ V. notamment, « Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis », *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2013, n° 2, p. 97-110.

²¹ Ibid.

²² V. ici la référence par Alexy à l'ouvrage majeur de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 1980 ; voir aussi la 2^{ème} éd. , Oxford U.P., 2011.

distingue ce qui relève des « cas centraux » du concept de droit dans lesquels le droit répond à l'exigence que l'on en attend et des « cas périphériques » du concept. Ce qui rejoint Saint Thomas d'Aquin lorsqu'il dit qu'une loi injuste n'est pas du droit dans le sens central du terme de « droit », mais que néanmoins elle est du droit dans un sens secondaire de ce terme. Alexy pense que les qualifications que Finnis emploie pour désigner les cas périphériques déviants se rapprochent et renvoient à des cas défectueux dans le vocabulaire qui est le sien.

La plus célèbre expression du « non-positivisme inclusif » se trouve, selon Alexy, dans la formule de Radbruch qui, dans la forme sa plus compressée, en vient à ce qui suit : « l'extrême injustice n'est pas du droit ». Alexy défend la formule de Radbruch d'abord comme théorie qui évite les problèmes posés par les théories qui donnent soit la priorité absolue à la certitude juridique soit la priorité absolue (le non-positivisme exclusif) à la justice. Enfin selon Alexy le non-positivisme exclusif donne un trop grand poids à la justice, c'est-à-dire à la dimension idéale du droit.

Pour fournir une classification aussi complète sur ce critère de la validité, on peut, avec Marmor²³, distinguer trois thèses.

La thèse jusnaturaliste traditionnelle, celle d'Alexy, selon laquelle les considérations morales forment nécessairement une condition de la validité du droit (mais pas une condition suffisante ; admission de la théorie des sources).

La thèse juspositiviste selon laquelle ce qu'est le droit ne dépend pas nécessairement (mais peut l'être pour certains de façon contingente) de considérations morales.

La thèse dworkinienne selon laquelle le droit peut dans certaines circonstances dépendre des seules considérations morales.

III. - Théorie de la validité en droit et séparation des concepts de validité et de légitimité du droit

Cela étant dit, il faut aussi constater que l'attaque contre le juspositivisme de la part d'Alexy ne prend pas en considération, et cela renvoie également à la conception du juspositivisme chez Radbruch, toute la signification que le juspositivisme donne de la séparation du droit et de la morale, dans la détermination de la question de la validité en droit.

Car le positivisme juridique ne fait pas que revendiquer la thèse selon laquelle l'identification de ce qu'est le droit ne doit pas faire référence à ses mérites, séparant ainsi, *du point de vue de la validité juridique*, morale et droit, mais il revendique encore une distinction entre la question de la validité juridique et la question de l'obligation de suivre le droit (sa légitimité). Cette autre séparation est revendiquée du point de vue même de la philosophie morale. S'il existe une obligation juridique, une normativité juridique, elle ne recoupe pas l'obligation morale. Cette deuxième distinction est moins facile à faire du point de vue du jusnaturalisme²⁴.

²³ Réponse à Alexy dans *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 39, 2005, précitée.

²⁴ Cherchant à interpréter la première phrase de la formule de Radbruch, Raz souligne qu'elle peut se lire de différentes manières dont une qui serait conforme au positivisme juridique et selon laquelle il serait du devoir moral des cours de justice de refuser de faire application d'une disposition d'une loi qui serait gravement injuste. Il ajoute, dans une note de bas de page, que les juspositivistes sont plus enclins que les jusnaturalistes à admettre que les cours de justice aient l'obligation (morale) de désobéir aux lois injustes. « Legal positivists are more likely that natural lawyers or other non-legal positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws », Joseph Raz, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », *The Authority of Law*, Oxford, 2009, p. 327, n. 27 (Cet article d'abord été édité dans G. Pavlakos, ed., *Law, Rights and Discourse : The Legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford, 2007).

Les positivistes ont d'ailleurs, faut-il le rappeler, beaucoup de mal à rendre compte de l'obligation juridique dès lors qu'ils l'ont dissociée de l'obligation morale, comme Hart qui s'est toujours attaché à défendre l'idée que le point de vue interne par lequel les officiels (et les citoyens, au moins pour certains d'eux) endossent l'acceptation des critères de ce qui fait le droit dans un système juridique ne repose pas nécessairement sur des raisons d'ordre moral²⁵. Hart, au contraire, défend dans ses *Essays on Bentham* le sens proprement institutionnel de la revendication de l'obligation juridique chez les officiels²⁶. Les positivistes se séparent fortement sur la façon de rendre compte de l'obligation juridique²⁷.

L'attaque de Radbruch contre le juspositivisme paraît autant concerner une théorie (« la loi est la loi ») qui revendique une obligation morale d'obéissance stricte à la loi telle qu'elle a été posée qu'une critique de la notion de validité juridique.

Dans la célèbre conférence prononcée, lors de son séjour invité à l'Université de Harvard, dans le but de défendre la doctrine de la séparation du droit et de la morale contre le renouveau du jusnaturalisme après-guerre²⁸, Hart rappelle qu'elle trouve sa source chez les utilitaristes anglais et que cette doctrine a chez eux une signification très forte sur le plan de la philosophie politique et morale. La distinction introduite par Bentham et Austin entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être est une distinction majeure chez eux en tant qu'utilitaristes et destinée à permettre, d'une part, de mettre en avant la réforme libérale du droit et, d'autre part, de défendre la réforme par le moyen de la législation contre les traditions du *common law*. Cette distinction majeure demande que l'on ne fonde pas le droit sur ses mérites car cela risquerait de rendre confuse la distinction majeure promue par les utilitaristes et qui donne toute sa signification et sa portée au juspositivisme anglais au XIX^{ème} siècle.

Hart rappelle qu'en Angleterre le positivisme juridique a conforté le libéralisme politique. Ce juspositivisme n'est en rien un fondement possible en faveur de l'attitude passive ou suiviste des juristes en général pour l'application de lois gravement injustes et des juristes allemands en particulier pour l'application des lois des nazis²⁹. Au contraire en contribuant à

²⁵ « It is not even true that these who accept the system voluntarily, must conceive of themselves as morally bound to do so, though the system will be most stable when they do so », Hart, *The Concept of Law*, 3^{ème} édition par Leslie Green, p. 203.

²⁶ « I find little reason to accept such a cognitive interpretation of legal duty in terms of objective reasons or the identity of meaning of 'obligation' in legal and moral contexts which this would secure. Far better adapted to the legal case is a different, non-cognitive theory of duty according to which committed statements asserting that others have a duty do not refer to actions which they have a categorical reason to do but, as the etymology of 'duty' and indeed 'ought' suggests, such statements refer to actions which are due from or owed by the subjects having the duty, in the sense that they may be properly demanded or exacted from them. On this footing, to say that an individual has a legal obligation to act in a certain way is to say such action may be properly demanded or exacted from him according to legal rules or principles regulating such demands for action » (Hart, « Legal Duty and Obligations », in *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982, p. 159-160).

²⁷ Voir à titre d'exemples, le débat sur l'analyse du point de vue interne entre Ross et Hart, les doutes sur le fait que Hart ait réellement pu rendre compte de la normativité du droit par Scott Shapiro ou encore Jules Coleman, ou encore le débat sur le sens de la normativité juridique entre Ross et Kelsen.

²⁸ H.L.A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958 ; rééditée in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 49-87 ; traduction française par C. Béal, « Le positivisme et la séparation du droit et de la morale », in C. Béal, ed., *Philosophie du droit. Norme et interprétation*, Vrin, 2015, p.193-243.

²⁹ Radbruch écrit au contraire que « Positivism, with its principle that 'a law is a law', has in fact rendered the German legal profession defenceless against statutes that are arbitrary and criminal », Radbruch, « Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) », *OJLS*, 26, n° 1, 2006, p. 6 (trad. anglaise par Bonnie Litschewski Paulson et Stanley L. Paulson) ; « le positivisme, de par sa conviction que 'la loi, c'est la loi', a en effet privé les juristes allemands de toute défense contre des lois arbitraires et criminelles » (trad. française par Michael Walz, « Injustice légale et droit supralégal », *APD*, 39, 1995, p. 307-317 ; réédité in C. Béal, ed., *Philosophie du droit. Norme et interprétation*, Vrin, 2015, p. 183.

rendre de la façon la plus claire que possible la distinction entre la validité du droit et sa validité morale ou sa légitimité, le positivisme peut conduire à mieux résister (si c'était possible) au droit gravement injuste³⁰.

En substance, écrit Hart, les arguments de Radbruch sont fondés sur des circonstances particulières qu'a connues l'Allemagne à partir de 1933 et desquelles ils ne seraient pas suffisamment détachés³¹.

Hart poursuit en allant au cœur du problème, en soulignant qu'en rapprochant ce que les utilitaristes anglais avaient séparé, le critère d'identification du droit et sa force morale obligatoire, la doctrine allemande « la loi est la loi » a permis de ne pas comprendre la force morale du juspositivisme en Angleterre et le message des utilitaristes. Commentant la formule de Radbruch, il observe que :

« It is not, I think, uncharitable to say that we can see in his argument that he has only half digested the spiritual message of liberalism which he is seeking to convey to the legal profession. For everything that he says is really dependent upon an enormous overvaluation of the importance of the bare fact that a rule may be said to be a valid rule of law, as if this, once declared, was conclusive of the final moral question: "Ought this rule of law to be obeyed?" Surely the truly liberal answer to any sinister use of the slogan "law is law" or of the distinction between law and morals is, "Very well, but that does not conclude the question. Law is not morality; do not let it supplant morality."³².

En tout état de cause, s'agissant du raisonnement des juges allemands au retour de la démocratie et de l'Etat de droit, en dehors même de l'application des lois souvent rétroactives qui ont mis en cause les dispositions discriminatoires du régime des nazis, il leur reviendrait, devant les demandes et les arguments iniques de parties poursuivies pour avoir fait application ou pour avoir mis en œuvre le droit nazi ou pour se réfugier derrière des décisions de tribunaux ayant fait application du droit positif nazi au moment où il était en vigueur, non de déclarer que ces lois, parce que gravement injustes, ne pouvaient être du droit, mais de faire usage de façon exceptionnelle de leur pouvoir de faire application des nouvelles règles de façon rétroactive, si cela leur paraissait nécessaire du point de vue moral, malgré les défauts que présente une telle solution par ailleurs sur le plan de la moralité politique. Selon Hart, une telle démarche aurait un avantage majeur que n'aurait pas la formule de Radbruch, celui de rendre parfaitement transparente la question morale de l'obligation d'obéir au droit des nazis et de la trancher du point de vue moral sans la confondre avec la question de la validité juridique de ces lois³³. Il y a encore une grande différence entre la position de Hart et celle de Radbruch : c'est que dans le cas de la formule de Radbruch, si la loi est injuste gravement,

³⁰ De telle sorte que l'on peut conclure que devant des lois gravement injustes, la thèse hartienne supprime tout dilemme moral chez les juges (ou les citoyens) pour ne laisser subsister qu'un dilemme prudentiel.

³¹ « Certainly less an intellectual argument against the Utilitarian distinction than a passionate appeal supported not by detailed reasoning but by reminders of a terrible experience. For it consists of the testimony of those who have descended into Hell, and, like Ulysses or Dante, brought back a message for human beings ». (...) This appeal comes from those German thinkers who lived through the Nazi regime and reflected upon its evil manifestations in the legal system » (*The Separation*, art. précité, p. ...).

³² Hart, *The Separation of Law and Morals*, *HLR*, 1958, précité, p. 616 s. Hart écrit encore : « What is important about this criticism is that it really does confront the particular point which Bentham and Austin had in mind in urging the separation of law as it is and as it ought to be. These German thinkers put their insistence on the need to join together what the Utilitarians separated just where this separation was of most importance in the eyes of the Utilitarians; for they were concerned with the problem posed by the existence of morally evil laws (...). Rather this terrible history prompts inquiry into why emphasis on the slogan "law is law," and the distinction between law and morals, acquired a sinister character in Germany, but elsewhere, as with the Utilitarians themselves, went along with the most enlightened liberal attitudes ».

³³ D'autres ont fait observer que les lois nazis ont été votées dans des conditions contraires aux règles constitutionnelles du régime juridique en cours, puisqu'elles ont pu l'être après la révocation des députés de gauche et l'intimidation des beaucoup d'autres.

elle est considérée comme n'appartenant pas au droit, il ne reste donc plus rien à juger et à mettre en balance du point de vue même de la philosophie morale, alors que subsiste, dans la solution préconisée par Hart, la possibilité d'une mise en balance entre l'application au cas de la loi injuste et la mise en œuvre d'une solution rétroactive.

Je comprends parfaitement bien l'approche hartienne du principe de séparation et sa défense du principe et je crois que l'on peut les partager. C'est une approche pratique et pas seulement conceptuelle³⁴.

La même confusion entre des notions qui sont distinguées dans le juspositivisme, trouvée chez Radbruch, semble aussi présente chez Robert Alexy. Il semble prêt – implicitement ?- à admettre que la question de la validité juridique et la question de l'obligation d'obéir à la loi valide se confondent. Cela se mesure notamment dans sa thèse sur les fondements de la formule de Radbruch : selon Alexy, ils sont à chercher dans la revendication du droit à la conformité à des valeurs et où cette valeur ne peut être qu'une valeur relative à la justice (Radbruch a toujours défendu lui aussi ce point). C'est ainsi parce qu'il pense qu'il existe bien une telle obligation d'obéir au droit valide, qu'il lui faut par ailleurs discuter de la validité du droit dès lors qu'il est ou qu'il serait injuste (ou gravement injuste ou corrompu) et que c'est dans le droit non dans la morale que se trouve la base d'une invalidation d'une loi gravement injuste.

IV. - Le positivisme revendique encore la nécessité de distinguer des questions de différente nature

Dans le prolongement de la thèse de la séparation des questions relatives à la validité et à la force morale du droit, les juspositivistes revendiquent souvent la nécessité de tenir de nombreuses questions séparées, au point que certaines de leurs thèses défendent de faire un lien trop étroit entre théorie de la validité et les questions relatives à la « nature » du droit.

Comme le fait remarquer, pour le courant positiviste, Andrei Marmor, le problème posé par la discussion avec Alexy est d'abord une question de clarification des questions que l'on se pose. On peut se poser de nombreuses questions légitimement sur le droit telles que de savoir quel est le type de droit qui est le plus conforme à notre idéal de démocratie ou le type de droit qui serait le plus proche d'une théorie générale de la morale. Il existe de nombreuses autres perspectives possibles de type évaluatif. Mais ce sont des questions différentes de la question de savoir ce qui permet d'identifier le droit³⁵. Gardner distingue (LP*) de la question plus générale sur la nature du droit. On peut ainsi, écrit-il, considérer avec Hart qu'une règle incertaine, rétroactive est encore une règle valide et considérer par ailleurs que la moralité interne du droit fait partie de la nature du droit.

« So long as they are not held to be among the conditions for the legal validity of any norm, one is not debarred from agreeing with Fuller that these values constitute law's special inner morality, endowing law with its own distinctive objectives and imperatives. Legal positivism is not a whole theory of law's nature, after all. It is a thesis about legal validity, which is compatible with any number of further theses about law's nature, including the thesis that all valid law is by its nature subject to special moral objectives and imperatives of its own. It is a long way from this thesis,

³⁴ Hart défendra encore dans *The Concept of Law* l'idée qu'une des raisons parmi les plus importantes justifiant de tenir séparer la question de la validité du droit positif et la morale est encore qu'elle permet de garder une claire signification de ce que nous devons faire du point de vue de la morale, ce qui est la question cruciale à la fin : V. Hart, *The Concept of Law*, 3^{ème} ed. par Leslie Green, OUP, 2012, p. 210-212.

³⁵ « I do not think it is a question of method. It's just a question of asking different questions. We can ask what would be the kind of law that best fits with our ideal of democracy or what would be the kind of law that best fits with an adequate general moral theory, or what would be the law that best fits X. You know, lots of perspectives. These are different questions », A. Marmor, débat précité, p. 785.

however, to the conclusion that valid law answers only to its own special objectives and imperatives, and not the rest of morality. A more credible assumption is that law's inner morality, if it has one, adds extra moral objectives and imperatives for legal norms to live up, on top of the regular moral objectives and imperatives that every practice or activity should live up to as a matter of course »³⁶.

Gardner affirme qu'ainsi la thèse de la séparation, au sens que la validité du droit (de son existence) ne dépend pas de ses mérites, présente un intérêt même pour les jusnaturalistes. Le droit n'est pas un jeu. A la différence des jeux, il implique une obligation morale qui relève de la nature du droit. Il faut, avec John Finnis, distinguer les cas centraux et les cas périphériques. Mais précisément, (LP*) permet de se demander à quel phénomène social peuvent se rapporter les questions d'ordre moral que peut comporter ou impliquer la théorie du droit.

Pourquoi, écrit John Gardner, ne pas aller droit à la question de savoir pourquoi le droit doit pouvoir nous lier moralement ? Pourquoi commencer par nous poser la question de sa validité dans le sens étroit non engagé que lui donne la thèse positiviste que le droit est valide selon ses sources et non selon ses mérites ? Mais identifier les idéaux de la légalité n'est pas pertinent pour la vérité ou pour l'importance de la thèse (LP*). Car (LP*) cherche à répondre à une question logiquement première : quel est ce champ de l'entreprise humaine à laquelle les jusnaturalistes proposent des critères de succès ou d'échec ? Qu'est qui fait de quelque chose un candidat pour être traité par une telle approche ? Quelle est cette loi telle qu'elle doit être juste ?

Les choses seraient ainsi plus confuses si on devait lier la validité juridique du droit à ses mérites. « Les jusnaturalistes, écrit John Gardner, rechignent à l'idée que nous pourrions étudier la validité des normes juridiques de la façon agnostique qui est envisagée par la thèse positiviste, c'est-à-dire sans décider à l'avance si les normes légales valides sont bonnes à avoir ou à suivre ». Mais « ce n'est pas que les juristes jusnaturalistes ne puissent pas voir la possibilité ou l'intérêt en étudiant les conditions de validité de certaines normes dans le ce sens de validité pratique non engagée »³⁷.

Raz vient renforcer la doctrine de la reconnaissance de ce qu'est le droit sans renvoyer à ses mérites en y ajoutant des considérations de philosophie politique. Car il faut regarder le droit non du point de vue des juristes et des juges, mais du point de vue de l'institution sociale centrale qu'est le droit dans nos sociétés : l'apport essentiel de l'institution du droit à la société est qu'elle fait une différence au sein de nos raisons d'agir. Il fait une différence précisément parce qu'il remplace les raisons morales de premier ordre que nous avons par des raisons de second ordre qui préemptent les raisons de premier ordre. Demander à définir le test de ce qui est de droit par une référence à des considérations morales ne procurerait aucun avantage ou diminuerait très sensiblement le service que rend le droit. Si les normes juridiques, comme elles le font parfois, renvoient à des concepts moraux, c'est que ces normes habilite les juges à en fixer la signification et ce n'est que dans les sources sociales, que sont les précédents et la jurisprudence des cours, que l'on peut encore chercher la source du droit³⁸.

Il va sans dire, c'est un point extrêmement important, que la thèse juspositiviste ne peut prospérer qu'à la condition de disposer et de mettre en exergue une autre distinction (refusée par Dworkin par exemple) entre ce qui relève de l'application du droit et ce qui relève de la création du droit. Cette distinction est fondamentale, car les théoriciens du positivisme

³⁶ John Gardner, « Legal Positivism : 5 1/2 Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, p. 210-211.

³⁷ Article précité, p. 211.

³⁸ V. notamment, Raz, « Authority, Law and Morality », *The Monist*, 68, 1985, n° 3 ; réédité in *Ethics in the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford UP, 2001, p. 210 s.

juridique ne peuvent pas ne pas voir que les juges font de diverses façons, y compris lorsqu'ils raisonnent selon le droit (*according to law*) référence à des considérations d'ordre moral, économique et évaluatif. Pour maintenir encore l'idée que ce qui définit le droit ne relève pas de ces considérations morales et évaluatives, il leur faut considérer qu'appliquer le droit est différent que de faire ces références à ces considérations « extérieures » au droit : lorsque les juges font intervenir des considérations morales, ils n'appliquent plus le droit, ils le créent. Cette distinction entre l'application du droit et la création du droit par les juges, cruciale chez les positivistes, passe à l'arrière-plan dans le camp du non-positivisme.

Hart a été le premier à avoir mis en avant cette distinction dans son article précité à la *Harvard Law Review* : la doctrine de la séparation entre le droit et la morale résiste devant les preuves de la référence par les juges, au-delà des sources sociales du droit, à des considérations morales, sociologiques ou économiques, car elle permet encore de distinguer ce qui relève dans la mission du juge de l'application du droit et de la création du droit³⁹.

Raz admet que naturellement les juges fassent jouer des considérations de justice et plus largement de moralité politique pour donner une interprétation des normes juridiques, même dans ce qu'il appelle le raisonnement selon le droit (*according to law*). Mais la théorie du raisonnement juridique n'est pas la base empirique du concept de droit. La question de la définition du concept de droit, destinée à rendre compte de la nature du droit et la question du raisonnement juridique sont tenues comme deux questions différentes.

Pour mieux défendre, contre Dworkin, une telle distinction, John Gardner souligne que ce ne serait que par confusion entretenue entre raisonnement juridique ouvert à des considérations non uniquement juridiques et pouvoir discrétionnaire des juges (une confusion facilitée par Hart dans son article de 1958, précité) que Dworkin aurait refusé la théorie positiviste de la séparation pour identifier le droit. Mais une fois levée cette ambiguïté – il n'y a pas de pouvoir législatif du juge, mais un pouvoir créateur limité et encadré – rien n'aurait fait obstacle à la présentation de la théorie du « droit comme intégrité » (*law as integrity*) chez Dworkin comme une tentative utile, parmi d'autres, pour rendre compte du raisonnement juridique sans passer par une mise en cause de la thèse de la séparation⁴⁰.

³⁹ Hart, *The Separation of Law and Morals*, précité, p. 614-615. « « If it is true that the intelligent decision of penumbral questions is one made not mechanically but in the light of aims, purposes, and policies, though not necessarily in the light of anything we would call moral principles, is it wise to express this important fact by saying that the firm utilitarian distinction between what the law is and what it ought to be should be dropped? Perhaps the claim that it is wise cannot be theoretically refuted for it is, in effect, an *invitation* to revise our conception of what a legal rule is. We are invited to include in the "rule" the various aims and policies in the light of which its penumbral cases are decided on the ground that these aims have, because of their importance, as much right to be called law as the core of legal rules whose meaning is settled. But though an invitation cannot be refuted, it may be refused (...). First, everything we have learned about the judicial process can be expressed in other less mysterious ways. We can say laws are incurably incomplete and we must decide the penumbral cases rationally by reference to social aims. (...). Second, to insist on the utilitarian distinction is to emphasize that the hard core of settled meaning is law in some centrally important sense and that even if there are borderlines, there must first be lines ».

⁴⁰ V. encore John Gardner, article précité, p. 215 : « ce n'est que si on concède les prémisses de Dworkin que l'on peut être impressionné par les conclusions », « une prémisses qui constitue en quelque sorte un autre mythe sur le juspositivisme et une autre interprétation défectueuse de (LP*) ». « C'est le mythe qui prend sa source dans la présupposition que toute activité de création du droit est nécessairement une activité législative. De telle sorte que l'on aurait ainsi cette double contrainte chez les positivistes : « soit ils pensent que les juges ne peuvent pas décider des cas jamais selon leurs mérites (et c'est absurde et contraire aux faits) soit que les juges sont des législateurs (ce qui est intolérable) » (p. 215). Hart a peut-être encouragé cette version en parlant d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Mais le juge a toujours une obligation de décider par les méthodes du raisonnement juridique. Le raisonnement juridique est un raisonnement « selon le droit » (*according to law*), en ce sens qu'il comporte toujours un point de départ dans les normes légalement valides mais qu'il peut en venir à les combiner avec d'autres prémisses pour en arriver à une norme plus précise, ou plus complète. Dworkin pourrait répondre que c'est une chinoiserie.

C'est ce point également qu'A. Marmor ne manque pas de rappeler et de mettre de façon précise en évidence dans sa controverse avec Alexy :

« The most important point and what most of our arguments and disagreements boil down to, I think that the main mistake in this reconstructed argument is to assume that everything judges do or say to justify their judicial decisions amounts to the application of law, which is just not the case »⁴¹.

Ce débat peut se déplacer avec la réponse de Robert Alexy : pour lui, vouloir clarifier les questions en les distinguant de façon exagérée, conduit à perdre de vue l'essentiel. Si le droit n'est pas seulement un phénomène social, mais un phénomène moral, si le droit revendique une légitimité, une autorité morale, une conformité à la justice⁴², alors cela doit faire une différence, même si le fait de revendiquer cette légitimité ne conduit pas nécessairement au fait que les juges doivent écarter les normes injustes. Nous pouvons, poursuit Alexy, au moins reconnaître que dans les cas où le droit ne se conforme pas à l'idéal qu'il revendique, il est défectueux, non seulement sur le plan moral, mais aussi sur le plan juridique, ce que refusent sans raison de prendre en considération les juspositivistes. Une telle qualification de défectuosité n'entraîne pas nécessairement la conséquence que le droit défectueux ne serait plus du droit (cela serait la position de ce qu'il appelle un « non-positivisme super-inclusif »), sauf dans l'hypothèse où la loi en cause serait gravement injuste (thèse qu'il désigne comme celle du « non-positivisme inclusif »)⁴³.

Mais la réponse de Robert Alexy manque de convaincre les juspositivistes : ils peuvent admettre que la loi injuste soit écartée si elle est gravement injuste pour des raisons morales ; mais pourquoi faudrait-il confondre un devoir moral et un devoir juridique ?

V. - Sortir de la thèse de la séparation conceptuelle entre droit et morale?

Il est possible alors de revenir vers la théorie de Robert Alexy en ce qu'elle part de la présupposition de principe de la séparation du droit et de la morale. Une telle présupposition n'est-elle pas paradoxale, dès lors que Robert Alexy se propose d'envisager une connexion du droit et de la morale de façon intense sur le terrain des critères de ce qu'est le droit ?

⁴¹ « Judges can modify the law, they often have the power to change it, they can sidestep the law, they can ignore it or they can just get it wrong, and of course they may have very good reasons for doing any of these things. But it would be a mistake to assume that these reasons are always legal reasons or even, much worse, that in applying these reasons, judges apply the law. It is possible for a judge to decide that the legal norm should be rendered void and nullify it because it is grossly unjust. And if this is possible, presumably the judge should just go ahead and do that, modify the law. But this does not amount to an instance of applying the law, it changes it. Often by doing so judges exercise a legal power, as in many constitutional contexts, and sometimes they do not. But in any case, from the fact, and I am willing to assume, for the sake of the argument, that it is a moral fact, that judges ought to nullify and invalidate grossly unjust laws, it simply does not follow that in doing so they apply the law » (réponse à Alexy dans *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 39, 2005).

⁴² Raz défend l'idée que le droit revendique nécessairement d'avoir une autorité légitime et l'on pourrait penser comme de nombreux auteurs et comme Alexy lui-même que ce sont deux formulations de la même thèse. Raz fait observer que ce n'est nullement le cas : « I have argued that the law claims to have legitimate authority, in the sense that legal institutions both act as if they have such authority, and articulate the view that they have it. This is, of course, a moral claim but it is not a claim to moral correctness. It is in the very nature of authoritative rules that they are binding even if not correct. So authorities can be aware both that the rules they apply are morally wrong, and that they are morally binding on them and on their subjects », in Joseph Raz, « The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism », *The Authority of Law*, Oxford, 2009, p. 331.

⁴³ Le débat a un prolongement méthodologique, les positivistes revendiquant la légitimité du recours à une méthode descriptive permettant de saisir le droit tel qu'il est elle a parfois été revendiquée en liaison avec la défense d'une approche de théorie générale du droit (voir Hart dans le postscript à *The Concept of Law*), les non-positivistes, dont Alexy, revendiquant compte tenu du caractère idéal du droit une approche normative et évaluative. Mais je laisserai ici de côté la question de la méthodologie de la théorie du droit. Elle engagerait ici une discussion qui dépasse le cadre de cette intervention et qui n'est sans doute pas nécessaire.

Alexy reconnaît lui-même une sorte de paradoxe dans le jusnaturalisme⁴⁴. La question, dit-il, est de savoir si les considérations ou les raisons morales sont aussi des raisons juridiques. Or cette question, reconnaît-il, est paradoxale parce que si l'on parle d'une connexion entre le droit et la morale, encore faut-il que l'on commence par considérer que le droit et la morale forment deux concepts différents. Si les considérations morales qui doivent être appliquées par le juge pour atteindre la revendication de la conformité morale du droit, par ce moyen, deviennent par ce biais des raisons juridiques, la thèse de la séparation du droit et de la morale échoue à rendre compte de la réalité et parler de connexion entre droit et morale devient logiquement non pertinent.

«Je pense que nous avons ici, écrit Robert Alexy, une ambiguïté d'importance systémique. Nous pourrions parler ici de quelque chose qui ressemble à un paradoxe du non-positivisme : pour résumer, si la revendication de la conformité transforme les arguments moraux en arguments de droit, alors il n'y a plus de connexion entre le droit et la morale. Dans le but de connecter le droit et la moralité, les raisons morales doivent rester dans un sens ou un autre des raisons morales et elles doivent néanmoins être, par nécessité, requises par le droit »⁴⁵.

La solution à ce puzzle fait intervenir la distinction entre deux dimensions ou niveaux dans le concept de droit.

«The solution to this puzzle, écrit Alexy, turns on the distinction between two dimensions or levels within the concept of law, which I already have mentioned. The first dimension is the authoritative one. To it belongs everything that one identifies in accordance with the sources thesis, in our case, the weak sources thesis in the Razian sense. With respect to this dimension of the concept of law, the reasons to which the Radbruch formula refers are indeed moral reasons, and you are right in insisting that they are not legal reasons. As far as this dimension is concerned, I therefore agree with you. With respect to the second dimension of the overarching concept of law —a concept that brings together the dimension of authoritativeness and that of moral correctness— all reasons required by the claim to correctness belong to the law. Thus, on the basis of the overarching concept of law, the moral reasons are at the same time legal reasons. This is the point of a concept of law that comprises both authoritativeness and correctness. The ambiguity has its place inside the concept of law. And - I am repeating myself here - I think we can recognize that we need this overarching concept of law by means of the fact that a decision is not legally perfect in all aspects if it is morally mistaken » (p. 777).

Il est peut paraître étonnant que Robert Alexy se laisse enfermer dans un tel paradoxe et que, de ce fait, sa seule réponse soit de faire référence à une double nature du droit, ce qui complique sa démonstration.

Nous voulons faire référence ici à une autre approche, celle que Dworkin a évoquée dans *Justice in Robes*⁴⁶ et surtout défendue avec plus de précisions dans *Justice for Hedgehogs*⁴⁷, une approche qui consiste tout simplement à ne plus opposer (chez Dworkin cela s'inscrit dans sa grande idée de montrer la cohérence du champ axiologique) le droit et la morale, le droit étant simplement considéré comme une branche de la moralité politique⁴⁸. Selon cet angle d'approche, il n'est pas nécessaire de séparer le droit et la morale comme deux champs distincts, non pas que le droit se confonde avec la moralité politique, mais parce qu'il faut voir dans le droit un champ à l'intérieur de la moralité politique, une branche de la

⁴⁴ in Discussion avec A. Marmor, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 39, 2005, p. 769-772, ici p. 777.

⁴⁵ *ibid.* p. 777.

⁴⁶ *Justice in Robes*, HUP, 2006, p. 34-35.

⁴⁷ HUP, 2011, p. 400 s.; trad. française, *Justice pour les hérissons*, Fides et Labor, 2014.

⁴⁸ Sur le plan théorique, c'est une approche que l'on peut aussi découvrir chez Raz.

moralité politique qui se définit par les institutions publiques et les intérêts moraux propres qu'il défend⁴⁹.

Comme l'a montré Jeremy Waldron⁵⁰ cette approche vient renforcer, au-delà même des propositions concrètes de Dworkin, le mouvement défendu maintenant par de nombreux auteurs tels que Greenberg⁵¹ ou Hershowitz⁵² qui se présentent comme « éliminationnistes », en ce sens qu'ils proposent d'éliminer la question de l'identification du droit en tant qu'il faudrait absolument déterminer un champ du droit comme fondamentalement distinct de la morale.

Il y aurait des données définissant un champ du droit, des données posées par le législateur et les juges, mais, une fois ces données considérées comme déterminées par les règles secondaires et fixant le champ du droit, la détermination du contenu du droit en tant qu'il résulte d'un travail de compréhension, d'interprétation, de qualification, etc., n'impliquerait pas que l'on distingue deux phases :

- (a) une phase d'interprétation qui serait strictement juridique,
- (b) une phase éventuelle d'analyse où le raisonnement serait élargi à des considérations non juridiques, parce qu'elles seraient d'ordre moral, économique ou autre.

Ainsi, par exemple, le choix de la méthode d'interprétation de la loi en cause dans un litige, notamment le choix entre une interprétation textuelle et une interprétation par la recherche de l'intention du législateur, est lié à des considérations morales attachées aux arguments en faveur d'une méthode ou attachées à la solution recherchée dans le litige.

Il est assez facile de s'en servir pour transposer les thèses de Radbruch et d'Alexy. Radbruch a toujours défendu l'idée que le droit poursuivait par nature un idéal de justice, mais que le droit devait aussi assurer la certitude ou la sécurité comme une valeur. Il est donc possible d'envisager que dans le même raisonnement juridique les deux valeurs soient présentes et que l'équilibre se fasse en tenant compte de nombreuses variables. Il convient de rompre avec l'autre thèse du juspositivisme selon laquelle il faut distinguer l'application du droit et la création du droit par les juges qui est une thèse purement conceptuelle et dont il faut se demander, malgré sa défense sur ce terrain aussi par les positivistes et par Raz notamment, si elle a une portée pratique dès qu'il n'y a nul besoin dans le raisonnement juridique de distinguer deux phases, une phase d'interprétation purement juridique et une phase d'interprétation faisant entrer en considération d'autres facteurs considérés comme extérieurs à la définition du droit.

La formule de Radbruch et son interprétation par Alexy pourraient être ainsi replacées dans un cadre plus général.

⁴⁹ Et impliquant ainsi que la science du droit soit elle-même un domaine à la fois des juristes et de la philosophie morale.

⁵⁰ J. Waldron, *Jurisprudence of Hedgehogs*, New York University School of Law. Public Law & Legal Research Papers series. Working paper n° 13-45 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309).

⁵¹ Mark Greenberg, « The Moral Impact Theory of Law », *The Yale Law Journal*, 123, 2004, p. 1288 s.

⁵² Scott Hershovitz, « The End of Jurisprudence », *The Yale Law Journal*, 214, 2015, p. 1160 s.