



HAL
open science

Le positivisme juridique en questions. Essai sur le positivisme juridique contemporain

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Le positivisme juridique en questions. Essai sur le positivisme juridique contemporain. 2017. halshs-01716165

HAL Id: halshs-01716165

<https://shs.hal.science/halshs-01716165>

Preprint submitted on 23 Feb 2018

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.

Le positivisme juridique en questions. Essai sur le positivisme juridique contemporain

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

Rupture entre le juspositivisme classique et le « juspositivisme contemporain » ? L'objet de cette conférence est d'examiner ce qu'on appelle parfois le « positivisme juridique contemporain »¹, une expression qui peut comporter quelques ambiguïtés, mais qui veut indiquer qu'il existe une rupture, dans le courant dominant du positivisme juridique aujourd'hui, au moins dans le monde anglo-américain, avec le positivisme juridique classique, sans pour autant indiquer qu'il existerait une unité au sein du juspositivisme aujourd'hui. Une des thèses défendue ici est que c'est tout l'équilibre et le centre de gravité de la philosophie du droit qui a changé entre le juspositivisme classique et le positivisme juridique contemporain.

Bien des auteurs importants et centraux qui fondent ce que peut appeler le positivisme juridique contemporain ont pourtant revendiqué la continuité entre leur philosophie du droit avec les philosophies du droit de Bentham et de Hobbes. La continuité avec Bentham a été particulièrement revendiquée dans *The Separation of Law and Morals* par Hart² et elle l'est encore chez de nombreux auteurs comme Andrei Marmor³ ou encore John Gardner⁴, malgré les différences que ces auteurs ne manquent pas de reconnaître entre leur positivisme juridique et les thèses sur le droit de ces auteurs classiques auxquels ils font référence. Tous les positivistes partagent, c'est d'ailleurs ce qui permet de relier certains des grands auteurs classiques au

¹ Sur cette expression, voir notamment Dan Priel, « Towards Classical Legal Positivism », 101, *Virginia Law Review*, 2015, n° 4, p. 987- 1022.

² Hart, « Positivism and The Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 71, 1958, n° 4, p. 593-629.

³ Andrei Marmor, « Legal Positivism Still Descriptive and Morally Neutral », *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, n° 4, 2006, p. 683.

⁴ Pour John Gardner, la thèse de la séparation du droit tel qu'il est et tel qu'il doit être est bien chez Bentham une thèse conceptuelle, tout à fait distincte et séparée de ses préférences politiques. Ainsi, « la préférence politique de Bentham pour une claire démarcation des rôles entre le Parlement et les juges est totalement indépendante de son juspositivisme » (« Bentham's preference for the legislature to make the law and judges to apply it in fact is totally independent of this legal positivism »), Gardner, « Legal Positivism : 5 1/2 Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, 46, p. 213.

juspositivisme, une qualification qui ne s'est attaché que plus tard à leurs doctrines, la thèse centrale selon laquelle la validité du droit n'est pas liée à ses mérites, mais à ses sources (et cela quelque soit le mérite de ses sources elles-mêmes)⁵.

Certes Bentham a bien mis en évidence la différence entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être et Hobbes a bien défendu une thèse que le droit réside dans la seule volonté du souverain, laquelle est seule à définir ce qui est juste. Mais ce serait s'en tenir à la surface des choses et passer complètement à côté de l'essentiel, c'est-à-dire à côté des questions que Hobbes et Bentham placent au centre de leur théorie du droit et qui ne sont pas celles du positivisme juridique contemporain⁶. Si Hobbes défend que le droit réside dans la volonté du souverain, ce n'est pas pour répondre à la question de savoir ce qui rend le droit valide, mais en réponse à la question de savoir ce qui permet de fonder l'obligation morale d'obéir au droit. Ce que Hobbes avait en tête, en priorité, c'étaient les dangers que l'on pouvait attendre d'une société conflictuelle dont les membres ne partageraient pas leurs jugements sur la justice et le désirable. Ce sont de tels intérêts, relevant de la philosophie morale, qui motivaient sa théorie de la nature et de la fonction du droit. De la même façon, le positivisme juridique forme chez Bentham une partie de son programme politique. Le centre de sa philosophie du droit est le rejet à la fois des droits naturels, une fiction et « une absurdité sur des échasses » et de la théorie du *common law* de Gladstone comme développement d'une raison ou d'une sagesse pratique pour défendre, au contraire, une réforme, menée par la voie législative, fondée sur l'utilitarisme. Dans sa version de la thèse de la séparation du droit tel qu'il est et du droit tel qu'il doit être, Bentham n'a montré aucun intérêt particulier dans une analyse purement conceptuelle des différences entre le droit et la morale⁷. La doctrine de Bentham est notamment tournée contre le *common law* ou du moins comme la doctrine du *common law* telle qu'elle était comprise de son temps⁸. La distinction faite par Bentham et par Austin, qui sonne clair aux yeux de Hart, entre « le droit tel qu'il est » et « le droit tel qu'il doit être » n'est pas une thèse conceptuelle sur l'identification du droit, c'est une thèse au service de la réforme institutionnelle notamment pour revendiquer, contre le *common law*, l'institutionnalisation d'un droit légiféré, produit par le parlement et un mode d'adjudication et de raisonnement juridique de la part des juges respectueux de

⁵ La thèse substantielle du positivisme juridique est parfois présentée comme la thèse de l'« absence de connexion nécessaire entre le droit et la morale ». Mais il y a, à l'évidence, de très nombreuses et importantes relations entre le droit et la morale que le positivisme juridique ne met pas naturellement en question. Il n'est pas indifférent que le contenu du droit soit souvent en relation avec la morale critique ou conventionnelle et que le droit soit une des sources de la morale sociale. Hart a également admis la doctrine de la « moralité interne du droit ». Sur une discussion approfondie de la doctrine hartienne sur la place de la « moralité interne du droit » dans le concept de droit, v. John Gardner, « Hart on Legality, Justice and Morals », *Jurisprudence*, vol. 1, 2010, n° 2, p. 253 s. La thèse juspositiviste porte seulement sur le fait que la validité du droit ne dépend pas de ses mérites.

⁶ On se borne, sur ces points, à des observations limitées, car il ne s'agit pas ici d'une étude d'histoire des idées. Pour plus de profondeur d'analyse sur ces questions, v. notamment Gerald Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 1986, 328 pages ; David Dyzenhaus, « The Genealogy of Legal Positivism », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, n° 4, p. 39-67. Dan Priel, « Towards Classical Legal Positivism », précité ; Hugo Hardy, « Bentham, père du positivisme juridique ? », *Revue d'études benthamiennes*, 11, 2002 ; v. aussi Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico ?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, traduction française (par Colette Claveul), *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1996, 107 pages.

⁷ « For Bentham there was a very practical point in separating the role of expositor and censor, and in distinguishing law as it is with law as it ought to be : namely, to bring out the coincidence of law as it is with the law as it ought to be » (Philip Schofield, « Jeremy Bentham, The French Revolution and Political Radicalism », *History of European Ideas*, vol. 30, n°4, 2004, p. 381 s).

⁸ Pour une analyse différente, v. John Gardner, « Legal Positivism : 5 1/2 Myths », article précité, p. 213, pour qui la préférence politique de Bentham pour une claire démarcation des rôles entre le Parlement et les juges est totalement indépendante de son juspositivisme.

cette prééminence du législateur. Le positivisme juridique de Bentham s'inscrit dans une doctrine politique engagée, réformiste et de rupture.

Or, le « positivisme juridique contemporain » défend la thèse, et c'est cette thèse qui le caractérise, selon laquelle l'analyse conceptuelle du concept de validité est une analyse neutre, en ce sens qu'elle n'est pas justifiée par des considérations morales et selon laquelle ainsi « la théorie du droit offre une description normativement neutre de ce phénomène social qu'est le droit »⁹. La revendication de la défense d'une théorie de la validité juridique neutre du point de vue de la philosophie politique et morale qui caractérise le positivisme juridique contemporain contraste donc avec les approches qui sont, au contraire, des approches normatives du positivisme juridique de Hobbes et de Bentham et constitue ainsi une rupture marquée avec le positivisme juridique des origines ou classique.

La restriction du champ des questions posées ou leur restructuration se marque tout particulièrement dans l'incompréhension qui gagne le juspositivisme contemporain dans l'approche du jusnaturalisme, comme si les différences entre les deux courants étaient perdus de vue. En comparant les thèses sur la question, pour eux centrale, de la validité du droit, perdant de vue les questionnements qui sont ceux du jusnaturalisme, les juspositivistes, ne voient plus alors de différences majeures entre eux et les jusnaturalistes sur la question de ce qui fait la validité du droit et ignorent comme subalternes les différences entre eux et les jusnaturalistes sur d'autres questions¹⁰. Car, sauf exceptions, les jusnaturalistes n'ont jamais contesté l'existence d'un droit positif et ils n'ont jamais prétendu que la validité du droit positif pouvait dépendre de ses mérites au regard des exigences qui découlent du droit naturel¹¹. Les jusnaturalistes peuvent ainsi partager une version de la validité juridique identique de celle défendue par le positivisme juridique, c'est-à-dire que le droit est valide en vertu de ses sources et non de ses mérites¹².

Juspositivisme positiviste et juspositivisme programmatique de nos jours. Evoquer le positivisme juridique « contemporain » ne doit pas faire croire qu'il n'y a plus dans le juspositivisme aujourd'hui des écoles différentes et, notamment, des auteurs qui, se réclamant du positivisme juridique, le font sur des bases complètement différentes de celles du courant dominant qui caractérise ce que j'appelle ici le *positivisme juridique contemporain*. Il existe en effet de nos jours un courant du positivisme juridique qui contraste fortement avec le positivisme juridique dominant en ce qu'il cherche à rejoindre une défense du juspositivisme pour des

⁹ Stephen Perry, « Hart's Methodological Positivism », *Legal Theory*, 4, 1998, 427-467, réédité in Coleman, ed., *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 311 s., ici p. 311.

¹⁰ Otto Pfersmann, Andras Jakab & Jürgen Busch, peuvent ainsi placer parmi les hypothèses qui viendraient affaiblir le juspositivisme de nos jours le fait que « a positivist and a natural lawyer can be nearer to each other in most of the jurisprudential questions, than two legal positivists of different strands of legal positivism » (« The Many Fates of Legal Positivism », Special Issue of the *German Law Journal*, vol. 12, n° 2, p. 599).

¹¹ v. sur ce point la bonne analyse dans Dan Priel, « Towards Classical Legal Positivism », 101, *Virginia Law Review*, précité.

¹² Une thèse que Robert Alexy appelle le *super-inclusive non-positivism* (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). Le non-positivisme super-inclusif tel que présenté par Robert Alexy ne connecte la dimension réelle, effective, du droit avec sa dimension « idéale » que de façon oblique, par le biais d'une connexion qui qualifie le défaut moral dans le droit de « défaut juridique », mais qui recule devant les conséquences classificatoires qui feraient du défaut moral la raison d'une invalidité juridique. Cette forme de non-positivisme, qui est défendue par John Finnis, se distingue du juspositivisme en ce qu'elle reconnaît au moins la « déféctuosité » sur le plan juridique du droit injuste.

raisons de philosophie politique et morale en ce qu'il considère que c'est bien la philosophie morale et politique et non une analyse purement neutre et conceptuelle qui permet de justifier que l'on retienne le critère de la validité du droit fondé sur des sources sociales et non sur ses mérites. C'est faire référence aux thèses d'un positivisme juridique que l'on peut appeler « programmatique » ou encore « éthique » ou « normatif » qui défend l'idée que le droit doit être fondé, non pas sur ses mérites, mais sur des sources sociales pour des considérations de philosophie politique¹³. Jeremy Waldron considère ainsi que si la reconnaissance de la validité du droit doit se faire indépendamment des questions de morale ou d'immoralité, de justice ou d'injustice, c'est parce que c'est une bonne chose qu'il en soit ainsi, qu'il faut certainement encourager et prescrire. La défense d'un positivisme juridique fondé sur des raisons de philosophie politique et morale est présentée par lui comme un positivisme juridique normatif¹⁴. C'est d'ailleurs en réponse à ce courant, qui prend de l'ampleur, qu'Andrei Marmor a écrit un article très important dans le but de marquer la plus grande cohérence, selon lui, du positivisme juridique « descriptif » et « neutre sur le plan de la morale »¹⁵. Pourtant, le positivisme juridique programmatique rejoint les thèses classiques à l'origine du juspositivisme.

Mais ce que j'appelle ici le *positivisme juridique contemporain* peut être considéré comme le courant dominant du positivisme juridique aujourd'hui. Ce que nous voulons indiquer en effet, avec une telle formulation, c'est qu'il y a des éléments suffisants pour établir qu'il y a, autour d'une thèse méthodologique (qui peut être présentée de façons différentes), un courant dominant dans le positivisme juridique aujourd'hui. Le positivisme juridique contemporain fait surtout référence au positivisme juridique tel qu'il se développe depuis le très fondamental *Concept of Law* de Hart publié en 1961¹⁶ et dans la postface de la deuxième édition de l'ouvrage en 1994¹⁷. Mais, il ne s'agit pas de défendre l'idée indéfendable qu'il aurait été mis fin de nos jours et depuis une date ou un épisode qui serait déterminable à la diversité très forte des écoles du positivisme juridique.

L'opposition entre une approche purement conceptuelle au sens d'une analyse neutre et descriptive du critère de la validité des propositions en droit et une approche programmatique du positivisme juridique se trouve défendue, faut-il le rappeler, par Dworkin dans *Law's Empire*¹⁸, sous une formulation bien connue. Le positivisme juridique hartien est présenté par Dworkin comme une doctrine

¹³ v. notamment les doctrines de Jeremy Waldron, « Normative (or Ethical) Positivism », in Jules Coleman ed., *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 410-433 ; Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, 1996. Ces auteurs ont parfois voulu présenter la théorie positiviste de Raz comme étant proche de leur positivisme programmatique. C'est, de mon point de vue, une erreur de lecture, même si le point de vue de Raz occupe une place à part dans le courant du positivisme juridique contemporain.

¹⁴ v. le titre de l'article, précité, de Jeremy Waldron. Jeremy Waldron souligne les possibles confusions qui pourraient naître du choix de ces mots pour qualifier l'approche de ce courant. Il pourrait avoir confusion avec le positivisme de Kelsen (le normativisme) ou même avec le positivisme hartien en ce qu'il met l'accent sur la nécessité de rendre compte dans le concept de droit de la normativité particulière du droit qui le distingue d'un simple phénomène de commandement et d'obéissance. Par positivisme juridique normatif, il entend une chose tout à fait différente, un programme politique et moral de défense du droit comme l'institution particulière d'un système de gouvernance.

¹⁵ Andrei Marmor, « Legal Positivism Still Descriptive and Morally Neutral », *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, n° 4, 2006, p. 683.

¹⁶ Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1^{ère} éd., 1961 (2^{ème} éd., Oxford University Press, 1994).

¹⁷ v. sur ces points, parmi de très nombreuses références, Stephen R. Perry, « Hart's Methodological Positivism », in Jules Coleman, ed., *Hart's Postscript*, OUP, 2001, p. 311-354.

¹⁸ Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

purement sémantique contre une autre doctrine possible, interprétativiste, du positivisme juridique qui pourrait être défendu ainsi comme une doctrine de la meilleure interprétation du concept de la « légalité » et que Dworkin présente, pour rester au plus près de ce qu'il retient des éléments de la théorie hartienne, sous le vocable de doctrine « conventionnaliste » du droit¹⁹. L'immixtion de Dworkin dans sa tentative de reconstruction de la doctrine du positivisme juridique n'a pas été sans intérêt, puisque c'est bien cette reconstruction interprétativiste de sa doctrine qui a conduit Hart à souligner dans la *Postface* du *Concept de droit* que lui et Dworkin ne parlaient pas de la même chose et que les mérites possibles d'une théorie normative de la séparation du droit et de la morale n'enlevaient pas les mérites et avantages en termes de clarification théorique pour la théorie et la pratique du droit d'une approche purement conceptuelle et neutre d'une théorie de la validité juridique, dans le cadre notamment d'une théorie générale des systèmes juridiques. Par ailleurs, l'immixtion de Dworkin dans ce débat sur le sens du juspositivisme n'a pas été sans effets négatifs sur la compréhension du positivisme juridique normatif ou programmatique. Car il faut faire l'effort, après Dworkin, de ne pas assimiler le positivisme juridique programmatique ou normatif avec la version qu'il en donne.

Logique et cohérence des thèses du positivisme juridique contemporain ? Stephen Perry pense que la thèse substantielle du positivisme juridique sur la validité du droit et les questions de méthodologie de la philosophie du droit sont, au moins à première vue, logiquement indépendantes²⁰. Mais la question est de savoir si une telle dissociation est logiquement pertinente et si le positivisme juridique normatif n'est pas, c'est toutefois la thèse défendue par certains auteurs, du point de vue de la théorie positiviste de la validité du droit, une erreur logique. Leslie Green défend l'idée d'un lien logique entre la thèse juspositiviste sur le fond (c'est-à-dire la thèse que la validité du droit ne dépend pas de ses mérites) et la thèse juspositiviste sur la méthodologie de la théorie du droit (que cette thèse doit être une thèse neutre sur le plan de la philosophie morale). Selon lui, « le positivisme juridique requiert en raison de la facticité du droit plutôt que de son caractère méritoire, que nous puissions décrire cette facticité du droit sans évaluer ses mérites »²¹. Jules Coleman considère que le positivisme juridique fait une affirmation conceptuelle ou analytique et que cette affirmation ne devrait pas être confondue avec les intérêts programmatiques ou normatifs que certains positivistes ont pu avoir dans le passé. « Procéder comme le fait le positivisme juridique normatif est construire, écrit-il, dans une prise en compte conceptuelle et analytique du droit, une théorie normative du droit » et cela consiste « à infuser la morale ou la question de savoir ce que le droit doit être dans le concept de droit, c'est-à-dire à propos de la question de savoir ce que le droit est ». En d'autres termes, « l'argument pour recommander certains éléments du positivisme en vertu des idéaux du positivisme normatif est commettre l'erreur même que le positivisme a pour fonction de dénoncer »²². Hobbes et

¹⁹ Nous ne souscrivons pas à cette qualification de « conventionnaliste » de la théorie de Hart par Dworkin. Mais l'objet de ce texte ne nous conduit pas à devoir développer ce point.

²⁰ Article précité, p. 311.

²¹ Leslie Green, « Legal Posivism », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

²² Jules Coleman, « Negative and Positive Positivism », *The Journal of Legal Studies*, XI, 1982, p. 139 s. réédité in *Markets, Morals and the Law*, Cambridge U.P., 1988. Jules Coleman écrit que « the argument for law as hard facts that relies on the positivist program of knowable, ascertainable law is straightforwardly problematic. Legal positivism makes a conceptual or analytic claim about law, and that claim should not be confused with programmatic or normative interests certain positivists, especially Bentham, might have had. Ironically, to hold otherwise is to build into a conceptual account of law a particular normative theory of law ; it is to infuse morality,

Bentham, écrit Coleman, n'étaient peut-être pas spécialement des théoriciens directement intéressés dans une analyse purement conceptuelle de la validité du droit et de la nécessaire indifférence de cette théorie de la validité du droit, mais la conception d'une telle séparation entre le droit et la morale du point de vue de ce qui fait la validité du droit ne peut être envisagée sous un jour favorable et promue que si cette séparation peut être vraie. De telle sorte que les positions normatives dépendent de la vérité du positivisme juridique comme thèse conceptuelle ; car si le positivisme juridique dans la forme de la thèse de la séparabilité du droit et de la morale est fausse en tant qu'analyse conceptuelle, alors le positivisme normatif est absurde puisqu'il donne de la valeur à un état du monde qu'il ne peut pas nécessairement obtenir.

Juspositivisme programmatique, juspositivisme exclusif et juspositivisme inclusif. Nous voudrions aussi signaler que la discussion sur la méthodologie du positivisme juridique (entre une méthodologie neutre sur le plan moral et une méthodologie engagée sur le terrain de la philosophie politique et morale) ne se construit pas nécessairement de la même façon selon que l'on a affaire au positivisme juridique dit modéré ou *inclusif* ou au positivisme juridique dur ou encore dit *exclusif*. Nous sommes en principe pourtant en présence de deux thèses conceptuelles du positivisme juridique qui s'affrontent sur le critère de la validité du droit et non pas sur le terrain de la méthode. C'est ainsi en tout cas que les choses sont habituellement présentées. Le positivisme juridique inclusif ne nie pas la possibilité que, dans certains systèmes juridiques, il puisse y avoir, en vertu de la règle de reconnaissance ou en vertu des sources sociales du droit, des propositions de droit dont la validité dépend de jugements d'ordre moral (cela serait spécialement vrai dans les systèmes qui ont fait de la Constitution et des normes constitutionnelles sur les droits de l'homme de véritables normes efficaces permettant le contrôle juridictionnel de la loi). Le positivisme juridique exclusif défend, sur des bases argumentatives qui retiennent beaucoup l'attention, mais différentes selon les auteurs qui partagent cette position, l'idée que la détermination de ce qui est de droit ne peut avoir de sens dans notre concept de droit que si cette détermination ne dépend en aucun cas de jugements évaluatifs et est exclusivement le résultat de décisions humaines. Pour ces auteurs, la seule façon de comprendre le fait éventuellement observable que ce sont les juges qui, quelles qu'en soient les raisons, et notamment parce qu'ils y seraient invités par des textes, traitent une question en faisant renvoi à des considérations morales et politiques, est de comprendre que ce sont les juges qui décident dans ces cas ce qui est de droit et il faut simplement en conclure que ce sont les décisions des juges qui sont les sources sociales du droit.

Les rapports qu'entretiennent ces deux théories conceptuelles du positivisme juridique avec le positivisme normatif sont différents. Car le positivisme juridique normatif en tant qu'il défend le bienfait de ce que le droit puisse être déterminé par les citoyens, sans qu'ils aient besoin de se préoccuper des raisons morales et politiques dans chacun des cas qui les concernent, est toujours une forme de positivisme juridique exclusif et jamais une forme de positivisme juridique de type inclusif. Cela peut paraître paradoxal à première vue si on ne prend pas soin d'avoir à l'esprit une

or the way law ought to be, into the concept of law (or the account of the way law is). In other words, the argument for ascribing certain tenets to positivism in virtue of the positivist's normative ideal of law is to commit the very mistake positivism is so intent on drawing attention to and rectifying ».

différence entre la question de savoir *ce qu'est le droit* en tant qu'institution (ici le positivisme juridique normatif suggère que l'on ne peut le comprendre sans introduire des considérations de philosophie politique et morale) et la question de savoir *ce qui est de droit* dans tel ou tel cas dans une juridiction donnée (le positivisme juridique normatif se conçoit ici comme une thèse qui demande ou prescrit que la détermination du droit puisse se faire sans recours à des considérations morales et politiques)²³. En revanche le positivisme juridique inclusif en tant que thèse conceptuelle purement négative (il n'est pas nécessaire pour qu'un système de gouvernance soit du droit que la détermination du droit renvoie à des jugements de morale ou de moralité politique, mais il est possible, de façon contingente, qu'il en soit ainsi) apparaît totalement étranger au positivisme normatif en ce sens qu'il apparaît impossible de produire une défense programmatique de cette forme de thèse sur le droit²⁴. Pour certains auteurs, la méthodologie programmatique et normative du concept de droit est la meilleure argumentation en faveur du positivisme juridique exclusif. Mais naturellement, le positivisme juridique exclusif, comme c'est le cas du positivisme juridique exclusif dans la théorisation qu'en donne Joseph Raz, est aussi très bien défendu aussi avec une argumentation revendiquant une approche neutre sur le plan de la philosophie morale²⁵.

Traditions anglo-américaine et européenne-continentele. Le lecteur aura déjà observé que cette présentation sommaire renvoie exclusivement à des débats promus et lancés dans les écoles dans la philosophie du droit au Royaume-Uni et aux États-Unis et fait peu de cas de la théorie du droit continentale. Ce n'est pas dire qu'elle n'ait pas, globalisation de la philosophie du droit aidant, gagné la philosophie du droit ailleurs dans le monde et en Europe continentale aussi. Mais le décalage persiste. La tradition continentale se situe sur d'autres terrains.

Ce n'est pas que l'on puisse pas retrouver dans la discussion continentale sur le juspositivisme une distinction, voire une opposition, entre juspositivisme revendiquant une approche scientifique neutre et juspositivisme programmatique. Norberto Bobbio distingue bien dans la théorie du droit continentale, à laquelle il fait principalement référence, un positivisme juridique qui se caractérise par un « mode d'approcher » le droit et qui est selon lui à la fois un mode de détermination de l'objet de recherche et un mode dans la fonction de la recherche et un positivisme juridique comme idéologie qui consiste en une prise de position fondée sur un système de valeurs et qui conduit « sur la base de la croyance dans certaines valeurs

²³ Naturellement, comme le fait observer Jeremy Waldron (« Normative (or Ethical) Positivism », article précité, p. 417), introduire des considérations d'ordre moral pour définir ce qu'est le droit en tant qu'institution ne conduit pas à insuffer la nécessité de prendre en compte ce qui est juste ou le plus juste lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est le droit dans une affaire particulière, dans une juridiction donnée.

²⁴ Et cela même si logiquement il peut y avoir une forme de compatibilité entre le positivisme juridique inclusif et la doctrine du positivisme juridique normatif, en ce sens que si, conceptuellement, il est possible de concevoir dans ce cadre théorique un système juridique où la détermination du droit renvoie à un jugement d'ordre moral, il devient possible de défendre, au nom du programme du positivisme juridique normatif, qu'on cherche à éviter cette possibilité (sur ce point, v. les observations très fines de Jeremy Waldron, « Normative (or Ethical) Positivism », article précité, p. 414).

²⁵ Les théoriciens du positivisme juridique normatif s'interrogent cependant volontiers, malgré la revendication par Raz d'une approche conceptuelle neutre du concept de droit, sur la réalité philosophique de cette revendication de neutralité (v. Waldron, article précité). Sur l'approche méthodologique de Raz, v. plus loin.

en l'attribution au droit tel qu'il est d'une valeur positive, indépendamment de toute considération sur sa correspondance à un droit idéal »²⁶.

L'article célèbre de Bobbio rend compte surtout des débats entre le positivisme juridique et de ses critiques (jusnaturalistes et réalistes) tels qu'elles se développent au lendemain de la seconde guerre mondiale et au début des années 1960. La correspondance ne peut pas être parfaite avec les termes du débat actuel aux États-Unis et au Royaume-Uni (mais qui s'est généralisé dans la philosophie du droit dans le monde, compte-tenu de l'influence majeure d'Oxford sur le terrain de la *jurisprudence*). Le fait est que le débat auquel fait référence Bobbio est plutôt celui qui porte sur la science du droit (une science du droit descriptive et neutre), plutôt que celui, ouvert autour de Hart, sur la méthodologie, non de la science du droit, mais de la philosophie du droit. De même l'idéologie du positivisme juridique à laquelle il renvoie et qui est au principal l'idéologie légaliste du positivisme continental a peu de relation avec le positivisme juridique normatif des auteurs comme Jeremy Waldron auquel il a été fait référence.

La même difficulté de rapprochement vaut aussi avec le remarquable *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* d'Uberto Scarpelli²⁷ qui, de façon extrêmement intéressante, oppose deux approches du positivisme juridique, une approche scientifique et une approche programmatique, pour défendre cette seconde approche qui est, selon Scarpelli, le vrai programme du positivisme juridique dans son essence et qui permet de restituer une cohérence dans l'histoire chaotique de l'école du juspositivisme.

Conclusions provisoires en forme de questions. Les clefs de la doctrine du positivisme juridique contemporain peuvent se ramener à trois points. Le positivisme juridique contemporain :

- centre la théorie du droit sur la question des critères de la validité en droit
- distingue et sépare cette question centrale des autres questions de la philosophie du droit et prétend que ces distinctions et séparations clarifient la façon de poser ces différentes questions et enrichit les réponses qui y sont apportées.
- considère que la question de la validité est une question de description d'un point de vue externe et d'une description externe neutre sur le plan de la philosophie politique et morale et notamment des questions d'ordre moral que l'on peut se poser par ailleurs (légitimement ou non) sur le droit.

Le positivisme juridique contemporain est donc une théorie qui se veut neutre du point de vue de la philosophie politique et morale, désengagée, valable scientifiquement d'un point de vue externe et qui se caractérise par une séparation nette, au moins sur la question de la théorie de la validité, entre théorie du droit et philosophie politique et morale. Cette thèse méthodologique nourrit des distinctions analytiques qui accompagnent et nourrissent elles-mêmes la thèse méthodologique. Ce qui est en discussion, c'est donc à la fois la pertinence de la méthode neutre et descriptive et les clarifications conceptuelles qui l'accompagnent.

²⁶ Norberto Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 23-38 (traduction française (Michel Guéret) de « Tre aspetti del positivismo giuridico », *Rivista di filosofia*, LII, 1961, p. 14-34.

²⁷ Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1996, 107 pages (traduction française (par Colette Claveul) de *Cos'è il positivismo giuridico ?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

C'est la raison pour laquelle dans la construction du positivisme juridique contemporain, la question de la méthodologie de la philosophie du droit est si importante. Ce n'est pas dire que la question méthodologique n'est importante que pour le seul positivisme juridique contemporain. Cette question méthodologique est centrale pour toute la philosophie du droit, et pour tous les courants importants de la théorie du droit, même si elle a été manifestement relancée et approfondie (ce que certains auteurs ont appelé le *methodological turn*)²⁸ après la défense de la neutralité sur le plan moral de la théorie du droit par Hart dans la *Postface* de son *Concept de droit*²⁹. Mais le positivisme juridique contemporain se comprend mieux si on le caractérise par une thèse sur ce qui justifie, selon ces auteurs, le fait de mettre l'accent sur la question du critère de validité, au sens d'existence, du droit et qui est, en dernier ressort, une justification conceptuelle qui repose sur une approche descriptive et neutre sur le plan de la philosophie morale. Nous pourrions caractériser ainsi le positivisme juridique contemporain comme un positivisme juridique méthodologique. Nous voulons entendre ici le fait que le positivisme marque ici la méthode même de la philosophie du droit qui prétend pouvoir rendre compte du concept de droit selon une approche descriptive et neutre sur le plan de la philosophie morale. L'idée de positivisme juridique méthodologique renvoie à l'idée que sa méthode est « positiviste ». Le positivisme méthodologique défend non seulement l'idée que la validité du droit ne dépend pas de ses mérites³⁰, qu'elle est déterminée par des faits sociaux ou psychologiques, mais elle le fait également sur la base non de justifications éthiques ou programmatiques, mais sur le fondement d'une analyse descriptive et neutre en ce qu'elle n'est pas considérée comme une justification de son objet.

La revendication du positivisme juridique contemporain sur son approche de la validité du droit est d'ordre philosophique et c'est sur ce terrain principalement qu'elle sera décrite, présentée et discutée. Mais ce n'est pas dire que le positivisme juridique contemporain ne présente qu'un intérêt purement spéculatif. Il fournit aussi directement ou indirectement des instruments d'analyse pour rendre compte du droit et de sa pratique. La définition et l'illustration d'une analyse conceptuelle neutre du concept de validité juridique s'accompagnent en effet de distinctions analytiques qui présentent un intérêt pratique pour l'analyse de la pratique du droit et qui peuvent être regardées comme des justifications théoriques de la théorie juspositiviste de la validité du droit. Ces distinctions analytiques peuvent en effet être regardées non comme un simple accompagnement de l'analyse conceptuelle de la validité, mais encore comme ses justifications théoriques du point de vue de la science du droit. Elles peuvent être confrontées aux théories rendant compte de la pratique, contribuer

²⁸ Sur le « *methodological turn* », voy. notamment Julie Dickson, « Methodology in Jurisprudence : A Critical Survey », *Legal Theory*, 10, 2004, p. 117 ; Leslie Green, « General Jurisprudence : a 25th Anniversary essay », *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, p. 565 v. Jean-Yves Chérot, « Le tournant méthodologique en philosophie du droit », *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 29 s.

²⁹ Hart, *The Concept of Law*, 2^{ème} ed., Oxford University Press, 1994.

³⁰ La thèse substantielle du positivisme juridique est parfois présentée comme la thèse de l'« absence de connexion nécessaire entre le droit et la morale ». Mais il y a, à l'évidence, de très nombreuses relations entre le droit et la morale qui apparaissent sinon nécessaires, du moins assez importantes que le positivisme juridique ne met pas naturellement en question. Il n'est pas indifférent que le contenu du droit soit souvent en relation avec la morale critique ou conventionnelle et que le droit soit une des sources de la morale sociale. Sur une discussion plus approfondie de la doctrine hartienne sur la place de la « moralité interne du droit » dans le concept de droit, v. John Gardner, « Hart on Legality, Justice and Morals », *Jurisprudence*, vol. 1, 2010, n° 2, p. 253 s. La thèse du juspositivisme contemporain est que la validité du droit ne dépend pas de ses mérites (juspositivisme exclusif) ou qu'elle ne dépend pas nécessairement de ses mérites (positivisme juridique inclusif).

à les affiner et à les discuter. Le positivisme juridique contemporain possède ainsi un intérêt pour sa contribution à une analyse conceptuelle raffinée, avec la défense d'un grand nombre de distinctions analytiques qui méritent l'examen. Ce sont ces analyses conceptuelles analytiques qui illustrent l'intérêt pratique du positivisme juridique contemporain, faute de quoi il pourrait être dénoncé comme procédant d'une démarche conceptuelle « immodeste »³¹. C'est alors un autre aspect central de la théorie selon laquelle focaliser sur la validité du droit d'un point de vue descriptif et neutre permet de reformuler de façon plus claire les autres questions de la théorie du droit (l'obligation juridique, le raisonnement en droit).

³¹ Sur l'analyse conceptuelle immodeste, voir Franck Jackson, *From Metaphysics to Ethics. A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford University Press, Clarendon, 2008 (1^{ère} édition 1998).