

Positivism. Un froid cynisme

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Positivism. Un froid cynisme. Dictionnaire des idées reçues en droit international. En clin d'oeil à Alain Pellet. Pensé et compilé sous la responsabilité complice de : Paris, Pedone, 2017, p. 439-445. , 2017. halshs-01717006

HAL Id: halshs-01717006

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01717006>

Submitted on 25 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.

Positivisme : un froid cynisme

Paru in

Dictionnaire des idées reçues en droit international. En clin d'œil à Alain Pellet

Pensé et compilé sous la responsabilité complice de :

Hervé Ascensio, Pierre Bodeau-Livinec, Mathias Forteau, Franck Latty, Jean-Marc Sorel,
Muriel Ubéda-Saillard

Paris, Pedone, 2017, p. 439-445.

Le constat n'est certes guère original mais le fait est que le positivisme n'a plus très bonne réputation. On lui préfère le confort des doctrines prescriptives ; on lui conteste sa prétention à la froide et stérile objectivité ; on dénonce aussi son « cynisme », quand on ne lui reproche pas son étroitesse de vue qui l'empêcherait de reconnaître l'évidence, à savoir qu'il existe des normes impératives, communément acceptées et reconnues, auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par des normes ayant le même caractère (A. Pellet : « Le *jus cogens* existe, parce que cela est logique et nécessaire ; parce qu'il constitue l'indispensable rempart contre le froid cynisme positiviste » *in* C. Tomuschat et J.-M. Thouvenin (dirs.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, Brill, 2006, p. 419.). Ces critiques, ces attaques, sont-elles justifiées ? Peut-on sérieusement prétendre que le positiviste est incapable d'anticiper la dynamique objective du droit, qu'il est condamné à ne percevoir ce dernier que dans les manifestations les plus formelles d'une volonté souveraine ivre de sa propre puissance ? Pour qui ne croit pas aux essences et a donc bien du mal à concevoir que les mots puissent les refléter, la question mérite examen.

Revenons aux classiques et à leur analyse du langage qui ennuie les agités de la communication. Norberto Bobbio, mieux qu'aucun autre, a su montrer que l'expression « positivisme juridique » était employée pour désigner une théorie du droit, une méthode d'approche du droit ou une idéologie. Débarrassons-nous de cette dernière, que l'on pourrait aussi bien appeler « légalisme » : elle affirme que le droit doit être obéi parce qu'il est juste et qu'il est juste parce qu'il est le droit. Cela revient à faire du droit positif une valeur en soi et du positiviste un adorateur du Droit positif prêt à se taper la tête contre son Code pour se pénétrer de la Loi. Réduire le positivisme juridique à cette idéologie ou à une

religion de la légalité, nous prévenait Bobbio, c'est commettre une erreur qui peut justifier toutes les horreurs. Laissons donc le fanatique à son fanatisme.

Comme théorie du droit, le positivisme consiste à lier le phénomène juridique à la formation de l'État en tant que pouvoir souverain unifié capable d'exercer une contrainte sur des individus. Tout entière centrée sur la loi, ou la volonté de l'État comme source du droit, cette théorie – au moins dans sa forme initiale – repose sur l'idée que le droit est un système de règles obligatoires, complet, cohérent et que le juge doit être subordonné au législateur. Elle peut certainement très vite sombrer dans un formalisme glacé qui identifie le droit positif valide aux impératifs d'un souverain, de sorte que des énoncés normatifs qui n'émaneraient formellement pas de lui ne seraient pas considérés comme « du droit ». Or, nul n'est tenu de considérer cette théorie comme la seule possible. Laissons donc le formaliste à son amour des formes même vides, même froides.

Le positivisme méthodologique, lui, est une conception non du droit mais de la connaissance du droit, une façon d'approcher le droit qui refuse de le juger et entend seulement le décrire tel qu'il est. Une fois cela admis, on peut y rattacher plusieurs thèses dont deux principales : la séparation du droit et de la morale et la thèse des sources sociales du droit. Une troisième arrivera plus tard.

La thèse de la séparation du droit et de la morale soutient que cette dernière n'est pas un critère opératoire pour mesurer la validité juridique d'une norme (pas plus que ne le serait sa beauté ou sa rondeur) : il faut donc clairement distinguer le droit qui « est » du droit qui « devrait être ». De même, sera rejetée l'idée d'une connexion conceptuelle nécessaire entre le droit et la morale qui voudrait réserver le nom de droit à des normes justes et refuser d'appeler droit celles injustes. Mais la reconnaissance d'une connexion contingente entre droit et morale ne contredirait pas – ni n'invaliderait – la thèse de la séparation du droit et de la morale.

La thèse dite des « sources sociales du droit » affirme que le droit ne consiste pas en un ensemble de vérités toutes faites qu'on découvrirait en lisant le grand livre de la Nature mais qu'il est un artefact, une construction humaine et intellectuelle, dont le contenu comme l'existence dépendent de certains faits sociaux, de certaines pratiques sociales. Les « sources sociales » dont il est question ne se réduisent pas aux sources formelles par lesquelles est établie la validité d'une norme. L'expression inclut des actes qui peuvent

relever aussi bien de la législation que de la coutume ou encore les sources dites interprétatives, donc aussi les précédents judiciaires et les interprétations des juges en général ou de toute autorité habilitée à interpréter les sources formelles.

Cette dernière thèse donne lieu à deux variantes (qui ne sont pas sans lien avec la thèse de la séparation du droit et de la morale), l'une forte, l'autre faible.

La variante forte soutient qu'une théorie est vraiment positiviste si les critères dont elle se sert pour identifier le contenu du droit et déterminer son existence dépendent exclusivement de sources sociales et non de sources morales. C'est ce que l'on appelle le « positivisme exclusif ». La variante faible soutient que, sans que cela ne soit systématiquement le cas, il peut arriver que les critères dont on a besoin pour identifier le contenu du droit et déterminer son existence dépendent non plus exclusivement de faits sociaux mais aussi des faits moraux ou à tout le moins des raisonnements moraux. On l'appelle « positivisme inclusif ».

Les positivismes exclusif et inclusif ne sont ni froids ni frappés d'étroitesse de vue : ils peuvent parfaitement admettre comme droit des normes que d'aucuns seraient tentés d'appeler des principes moraux ou, autrement dit, des normes contenant des notions morales et qui sont impératives sans être formellement le résultat d'un acte de volonté du législateur ou de l'État. Simplement, ils n'en rendront pas compte de la même façon.

Le positivisme inclusif est sans aucun doute le plus favorable à la présence de normes morales impératives dans le droit puisqu'il admet que les critères de validité juridique de certaines normes peuvent, dans certains cas, incorporer la conformité de ces normes à des principes moraux ou des valeurs substantielles. Mais une question se pose : à quelle morale – positive ou idéale – se réfèrent les positivistes inclusifs lorsqu'ils considèrent que certaines normes juridiques font appel à des notions morales ? La différence entre les deux est importante car ce que l'on appelle la morale positive c'est un fait social que l'on peut connaître empiriquement, tandis que la connaissance de la morale idéale relève, elle, d'une toute autre dimension. Et donc, comme le dit Juan Carlos Bayón, de deux choses l'une : ou bien le positivisme inclusif inclut la morale positive parmi les critères de validité juridique des normes et, dès lors, il adopte la position défendue par le positivisme exclusif – à savoir que les critères de validité juridique sont des faits sociaux et non des évaluations morales – ; ou bien le positivisme inclusif se réfère à la morale idéale et, dans ce cas, il ne fait plus appel

à un seul critère de validité – un fait social reconnu – mais à deux : en plus de l'existence de ce fait social – par exemple, la conformité d'une norme aux croyances morales d'une communauté – il lui faudra encore vérifier que ces croyances morales sont elles-mêmes conformes à la morale idéale. Le positivisme inclusif est ainsi condamné à la recherche de faits moraux objectifs que décriraient des propositions morales, elles-mêmes susceptibles d'être vraies ou fausses, soit, en deux mots, l'objectivisme moral.

Pour se sortir de la difficulté (ou alléger sa tâche), le positivisme inclusif tentera d'utiliser l'argument suivant : de même que l'on doit distinguer entre la vérité et la connaissance de la vérité puisque ce n'est que sous certaines conditions que nous pouvons connaître la vérité, il convient de distinguer entre la morale et la connaissance de la morale, car ce n'est que sous certaines conditions que l'on peut connaître certaines vérités morales, notamment celles qui font appel à des concepts moraux que l'on dit épais. Dès lors, de ce que notre éducation ne nous fait pas connaître ces vérités, nous ne pouvons pas en déduire qu'elles n'existent pas objectivement. Ainsi, par exemple, nul ne pourrait sérieusement envisager de soutenir qu'une norme – au hasard, un traité – organisant un génocide serait considérée comme juridiquement valide car « génocide » est un concept moral épais. Et donc, la proposition selon laquelle « il est objectivement mal d'organiser un génocide » est elle-même objectivement vraie même si notre éducation ne nous l'a pas fait connaître. Séduisant, le raisonnement n'en demeure pas moins contestable : chacun peut voir qu'il repose sur une analogie trompeuse entre le vrai – auquel on accède certes par l'éducation mais qui existe indépendamment d'elle – et le juste qui est soit un fait social dont la connaissance dépend pleinement de l'éducation que l'on a reçue et qui n'existe pas sans cette connaissance, soit un idéal dont on peut même douter que l'éducation suffise à y accéder. Qu'il y ait des montagnes et des fleuves, que j'ai deux mains, que la Terre tourne autour du soleil et qu'une fois lâchée ma tartine de miel retombera (presque avec certitude) sur la face pleine de miel, ce sont là des faits qui peuvent exister sans que mon éducation ne me les fasse connaître et leur description pourra être tenue pour vraie sans que l'on ait besoin d'introduire un critère de vérité qui ne dépendrait que de nous. Mais peut-on « savoir » qu'il est objectivement mal de déporter et exterminer des personnes sans l'avoir appris ? Le savons-nous ou acceptons-nous la norme qui condamne le génocide ? Peut-on décrire que cela est mal sans un critère qui dépendra de nous ? Est-ce faire preuve de

cynisme que de poser ces questions ou est-ce se garder d'une confusion entre notre désir de faire le monde plus beau qu'il n'est et la réalité ?

La position défendue par le positivisme exclusif – lequel reconnaît que la morale positive est un fait social – a donc le mérite de s'en tenir à des critères de validité du droit positif qui, sans céder au formalisme aveugle ou (psycho-)rigide, reconnaît simplement que la référence à des notions morales dans des énoncés juridiques ne contraint nullement les interprètes de ces mêmes énoncés à abandonner leurs traités de droit pour ceux de philosophie morale. Le droit est identifié sans référence à la morale et sans même faire référence au contenu des normes juridiques. En revanche, pour qu'une norme soit considérée comme juridique, il faut qu'elle soit reconnue et conventionnellement acceptée comme droit, soit parce que les autorités qui l'appliquent s'y réfèrent pour produire d'autres normes, soit encore parce qu'elles s'en servent pour justifier certaines interprétations ou définitions stipulatives qu'elles posent. Bref, sont reconnues comme juridiques les normes qui font l'objet « d'une forme conventionnelle de consensus judiciaire » pour parler comme Hart.

Le positivisme exclusif n'est donc nullement condamné à rejeter d'un revers de la main l'introduction des concepts moraux dans les sources du droit, ni dépourvu d'analyse critique à leur égard. Deux attitudes sont même envisageables. Pour l'une, ces concepts cessent d'être moraux pour devenir des concepts juridiques fortement indéterminés (l'effet Midas dont parlait Kelsen : « tout ce à quoi le droit a trait devient droit »). Pour l'autre, défendue par Joseph Raz, le droit renvoie à la morale comme un système de normes renvoie à un autre sans que pour autant morale et droit ne soient confondus. Que l'on préfère l'une ou l'autre des deux attitudes ne change rien au fait que, dans les deux cas, le droit et la morale restent deux systèmes normatifs séparés et nul ne peut en inférer que le droit est subordonné à la morale – ni qu'il doit l'être.

Soulignons que, dans les deux cas, les autorités – les juges ou les États – qui doivent utiliser ces concepts moraux disposent en réalité d'un pouvoir discrétionnaire considérable. On retrouve là une troisième thèse précédemment annoncée, celle du pouvoir discrétionnaire des interprètes lorsque le droit est indéterminé. Elle est défendue par de nombreux positivistes qui se réclament non du formalisme mais du réalisme (et qu'ils trouvent ô surprise y compris chez le dernier Kelsen !). En effet, les notions morales sont « à

texture ouverte » : qu'on les considère comme incorporées au droit ou extérieures à lui, elles sont fortement indéterminées car les doctrines morales dont elles s'inspirent sont, dans leur contenu comme dans leur nombre, elles-mêmes indéterminées. Or, plus le langage du droit est indéterminé, plus grande est la liberté de ses interprètes. En d'autres termes, quand le droit utilise des notions morales, il confère *de facto* à l'interprète un pouvoir d'appréciation qui le conduit à définir les termes moraux comme il l'entend et à choisir la morale qui lui paraît la meilleure – la sienne ou celle qu'il impute à la « Société » ou à la « Communauté ». Et l'on nous parlera encore de « sécurité juridique » ?

Le positivisme méthodologique est donc d'abord une « attitude cognitive » : il ne prétend pas dire ce que l'on doit faire, ni indiquer les normes que le droit devrait adopter mais connaître et décrire les normes juridiques positives, celles tenues pour valides dans un système juridique. Et connaître, ce n'est (ni déjà, ni encore, ni toujours) approuver, accepter, obéir, prescrire ni bien évidemment évaluer moralement une norme juridique. Cette attitude cognitive exige de s'en tenir solidement à une distinction entre ce qui est et ce qui doit être, entre le droit qui existe et celui que l'on aimerait voir exister. Elle n'empêche nullement de rêver à l'avènement d'un droit meilleur mais elle oblige le juriste à ne pas prendre ses désirs pour la réalité.

D'aucuns, qui ne sont pas nécessairement juristes, pratiquent avec beaucoup d'habileté cette dichotomie. Ainsi, à l'un des représentants d'une firme multinationale (de celles qui sont prêtes à rémunérer fort cher quelques cabinets d'avocats pour que ces derniers leur indiquent les moyens de payer le minimum d'impôts – voire aucun – dans les pays où pourtant elles réalisent le maximum de ventes et donc de bénéfices) qui, pour se justifier, expliquait que ces pratiques – auxquelles on donne le doux nom d'optimisation fiscale – ne sont pas illégales, ou mieux, qu'elles sont parfaitement légales et que d'ailleurs ces firmes se soucient grandement du droit, de la « Légalité » – cette garantie suprême de la paix sociale –, il fut répliqué : « We're not accusing you of being illegal, we're accusing you of being immoral » (Margaret Hodge, Chair of the Public Accounts Committee, London). Qui, ici, sera jugé le plus cynique : le légaliste ardent ou le froid positiviste ?