

## **En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ?\***

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan – *Via Domitia*

« Parce que la doctrine positiviste interdit, dès son principe, toute interrogation fondamentale, elle fait peser sur le droit un lourd soupçon : n'aboutit-elle pas à défier, par l'aridité contradictoire et mortelle de sa volonté scientiste, l'idéalité et les valeurs de l'humanisme ? »<sup>1</sup>.

« Le positivisme juridique se défend de toute impureté idéologique et métaphysique (...) : il parlerait seul du vrai droit et toute autre théorie serait condamnée à errer dans le rêve, dans les choix idéologiques et métaphysiques »<sup>2</sup>.

Selon le « dogme général du positivisme », le juriste ne doit jamais « discerner le juste », il doit demeurer « neutre ; peu lui importe que [les] textes [qu'il étudie] visent la domination de la race germanique sur le monde, l'élimination des bourgeois, l'épanouissement des libertés, ailleurs la justice »<sup>3</sup>.

---

\* Cet article est issu d'un rapport écrit présenté au VII<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel qui s'est tenu Paris les 25, 26 et 27 septembre 2008.

<sup>1</sup> S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste », in *Mélanges Paul Amssele*, Bruylant, 2005, p. 374.

<sup>2</sup> C. ATIAS, « Fonder le droit ? (Simple propos *extra petita* et *obiterdictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », in *Mélanges Paul Amssele*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>3</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit (T. 1). Les moyens du droit (T. 2)*, Dalloz, Réédition, 2001, p. 137.

Telles sont quelques illustrations des attaques directes, virulentes, sans concession et donc parfois excessives, dont fait l'objet le positivisme auprès des philosophes et/ou des juristes naturalistes. La doctrine privatiste semble d'ailleurs la plus touchée par cette aversion à l'encontre du positivisme. A cet égard, l'un de ses éminents représentants constatait, distinguant les bons des mauvais positivistes, que « parmi les professeurs de droit privé (...), un grand nombre pratiquent quotidiennement le positivisme critique tout en évitant avec soin de s'en proclamer adeptes, crainte qu'on ne les tienne inexorablement pour disciples du positivisme servile »<sup>4</sup>. Le ressort central de la critique faite au « positiviste servile » est suffisamment connu pour être résumé par un aphorisme : le positivisme a conduit les juristes à sacrifier leur âme sur l'autel de la science !

Au-delà de ce premier cercle, la critique du positivisme se fait parfois moins visible, plus discrète et même insidieuse, tout en étant, sans doute, autrement plus efficace. Elle ne vient pas de ceux qui, d'un point de vue ontologique, se heurtent aux présupposés positivistes, mais de la communauté des juristes elle-même, dans un sens large. Au sein de cette communauté, il n'est pas rare d'entendre, au détour des couloirs sombres d'une Faculté de droit, une formule, stigmatisant les limites intellectuelles de l'un de ses collègues, du type « ... ce n'est qu'un positiviste », se transformant, à la lumière des colloques ou autres manifestations publiques, en un « vous êtes un pur positiviste ». Par ces formules, et dans le prolongement du premier cercle de critique, le handicap originel du positiviste est désigné : celui-ci ne s'intéresse qu'au droit tel qu'il est posé, sans s'interroger sur son origine, sa raison d'être, ses valeurs, son histoire ou son caractère juste. Le positiviste est frappé d'une tare congénitale qui le prive de toute pensée en dehors, au-delà, par-delà ou en-deçà, n'évitant aucune dimension pertinente, de la norme juridique. En quelques

---

4

P. JESTAZ, « Une question d'épistémologie. A propos de l'affaire Perruche », *RTD Civ.*, 2001, p. 547.

formules choisies, le positivisme est l'étalon négatif de ce qu'il ne faut pas être, le symbole des limites dénoncées et dénonçables des juristes. Il est le courant de pensée de tous ceux dont la pensée s'arrête à l'orée de la justice.

En tant que positiviste, on peut être las de ces critiques, agacé, voire irrité, ou pour le moins ne pas se reconnaître dans celles-ci, qu'elles proviennent, pour une simplification de l'exposé, des « naturalistes », premier courant critique, ou des « juristes », second courant. On se rassurera un peu devant la difficulté à identifier au sein de la doctrine contemporaine des tenants du positivisme tel qu'il est dénoncé. Peut-être ne faut-il y voir qu'un mythe destiné à effrayer les étudiants des Facultés de droit. Une fois l'émotion contenue, une réflexion sur l'objet même de ces critiques, « le positivisme », s'impose. Si le terme s'emploie au singulier, les significations qu'il peut revêtir sont multiples. Une telle variabilité de la signification du terme positivisme peut conduire, dans le même temps, à relativiser la portée des critiques qui lui sont assénées. Le terme peut désigner des *objets*, des *thèses* et des *courants* différents. Sous ces trois angles, il est possible d'identifier ce qui fait l'objet des critiques au positivisme.

Norberto BOBBIO a relevé trois *objets* que le terme de « positivisme juridique » désigne historiquement : une approche du droit, une théorie et une idéologie<sup>5</sup>. En tant que mode d'approche de l'étude du droit, il impose une délimitation particulière de l'objet de la recherche. Cet objet est constitué par le droit en vigueur, le droit existant, tel qu'il est posé dans un ordre juridique donné. En tant que théorie, le positivisme tend à donner une description et une explication globale d'une réalité déterminée, à savoir le droit<sup>6</sup>. En tant qu'idéologie, il

---

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Traduit par M. GUERET avec la collaboration de Christophe AGOSTINI, Préface de Riccardo GUASTINI, Bruylant, L.G.D.J., 1998, p. 24.

<sup>6</sup> *Ibid.*

implique une certaine position face à une réalité donnée. Il repose alors sur une croyance selon laquelle le droit tel qu'il est, parce qu'il existe et qu'il est positif, est juste quels que soient par ailleurs ses rapports avec un droit idéal, avec de quelconques valeurs morales. Au regard de ces trois objets, le positivisme est le plus critiqué et critiquable en tant qu'idéologie. Il apparaît en effet comme un courant idéologique de soumission aveugle au droit et de légitimation systématique du pouvoir. Le positivisme est également visé en tant que mode d'approche du droit, c'est-à-dire en tant que discours visant à ne prendre comme objet que le droit positif.

Le positivisme, selon ses différents courants, peut être synthétisé ensuite autour de cinq *thèses* mises en lumière par Herbert HART :

« (1) les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains [*étude des commandements humains*] ;

(2) il n'y a pas de connexion nécessaire entre droit et morale, ou entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être [*indépendance du droit et de la morale*] ;

(3) l'analyse ou l'étude des significations des concepts juridiques constitue une étude importante qu'il faut distinguer (...) des recherches historiques, des recherches sociologiques, et de l'évaluation critique du droit au regard de la morale, des finalités sociales, des fonctions, etc. [*autonomie et spécificité du discours juridique*] ;

(4) un système juridique constitue un " système logique fermé " dans lequel les décisions correctes peuvent être déduites, par des méthodes exclusivement logiques, de règles juridiques prédéterminées [*déterminisme logique du système juridique*] ;

(5) des jugements moraux ne peuvent, contrairement au jugement de fait, être émis sur [la] base d'une argumentation rationnelle, d'une

évidence ou d'une preuve (“*non cognitivisme dans le domaine éthique*”) »<sup>7</sup>.

Parmi ces différentes thèses, trois d'entre elles semblent les plus touchées par les critiques : la thèse 2 (*indépendance du droit et de la morale*), la thèse 3 (*autonomie et spécificité du discours juridique*) et la thèse 5 (*non-cognitivisme dans le domaine éthique*).

Le positivisme regroupe enfin différents *courants*. Sans entrer dans le détail<sup>8</sup>, il est un positivisme qui concentre toutes les attaques, le normativisme, symbolisé par un nom, source de toutes les dérives positivistes, Hans Kelsen. Pour ceux qui dénoncent le positivisme, le sort du normativisme est scellé dès la première page de la *Théorie pure du droit*. Kelsen propose une théorie *pure* du droit qui « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique »<sup>9</sup>. En tant que science du droit, elle doit se « débarrasser (...) de tous les éléments qui lui sont étrangers » comme la « psychologie, sociologie, éthique et théorie politique » afin que puisse être délimitée « nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines »<sup>10</sup>. Kelsen défend une approche autonome et spécifique du droit reposant sur un discours descriptif dissocié de la

---

<sup>7</sup> H. L. A. HART, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE, avec la collaboration de J. VAN DROOGHENBROECK et R. CELIS, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 301 (nous soulignons).

<sup>8</sup> Voir pour une distinction détaillée des différents courants positivistes : *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1992, 523 p. Sont distingués plusieurs courants de pensée positivistes : volontarisme juridique, école de l'exégèse, théorie analytique du droit, courant sociologique, marxisme juridique, réalisme juridique, normativisme, théories institutionnalistes du droit et post-positivisme.

<sup>9</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles EISENMANN, 2<sup>ème</sup> édition, 1962, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, p. 9.

<sup>10</sup> *Ibid.*

morale. Les thèses 2 et 3 du positivisme, au cœur de la critique du positivisme, sont des postulats de la théorie normativiste originaire. A partir de ces postulats, le corps de la *Théorie pure* consiste ensuite, précisément, à décrire l'objet droit et à en proposer une explication globale.

De manière synthétique, nous nous attarderons sur deux éléments qui paraissent concentrer les critiques autour du positivisme en sa figure du normativisme : la détermination précise de son objet d'étude et le caractère descriptif du discours sur le droit. Ces éléments sont d'autant plus significatifs qu'ils contribuent à faire du discours juridique un discours scientifique<sup>11</sup> et que c'est au nom de cette exigence scientifique qu'ils ont vocation à s'imposer au discours juridique. Le normativisme, en tant que *discours sur le discours sur le droit*, est ainsi prescriptif vis-à-vis de ce dernier. Il lui assigne un objet particulier et le soumet au respect d'exigences spécifiques. En définitive, le normativisme apparaît diabolique, car il a la prétention de donner une qualité scientifique au discours juridique. Il est encore possible de hiérarchiser les critiques faites aux deux caractéristiques scientifiques évoquées. Ainsi l'établissement précis de son objet d'étude, le droit, apparaît comme un péché véniel (§ I), le caractère objectif du discours sur cet objet comme un péché capital (§ II).

## **I – Le péché véniel : l'établissement précis de son objet d'étude**

---

<sup>11</sup> Remarquons toutefois qu'il existe un autre élément qui contribue à conférer à la discipline juridique un caractère scientifique et qui ne semble pas faire l'objet de discussion : la construction d'un langage rigoureux.

Certains considèrent d'ailleurs que seule cette caractéristique confère à la discipline juridique un caractère scientifique (Voir en particulier : N. BOBBIO, « La science du droit comme analyse du langage », in *Le positivisme juridique, op. cit.*, p. 269).

Chacun des deux courants critiques du positivisme, naturaliste et juriste, focalise sa critique sur des caractéristiques différentes du normativisme dans la détermination de son objet d'étude. Le naturaliste lui reprochera d'écarter toute réflexion sur la justice (A) ; le juriste de faire l'impasse sur le fait (B).

#### A - La mise à l'écart de la réflexion sur la justice

Il est une précision préalable nécessaire : ne pas prendre pour objet la justice dans l'étude du droit ne revient pas à nier que la justice, ou n'importe quelle autre valeur, est ou peut être à l'origine du droit, en constitue ou n'en constitue pas la finalité. Le normativisme n'est pas dans la négation de la justice comme finalité du droit, il ne la prend tout simplement pas en compte comme objet d'étude. Ce choix du normativisme fait l'objet de la critique centrale, connue, illustrée par les citations qui ont introduit notre propos. Le discours positiviste se perd en écartant de son objet d'étude la justice. Le droit, et seul le droit posé, quel que soit par ailleurs son contenu, doit être observé par le positiviste ; qu'importe la justice. Selon la perspective naturaliste, la finalité du droit est la justice. Il n'y a pas de droit sans justice. Il n'est donc tout simplement pas possible d'appréhender le droit sans étudier sa finalité, qui est également sa raison d'être, à savoir la justice. Là où le naturaliste ne pourra établir son objet d'étude, le droit, qu'à partir d'une comparaison entre le droit humain, le droit positif, et le droit naturel, pour ne retenir comme droit que ce qui dans le premier est conforme au second, le normativiste se contente du premier pour établir son objet d'étude. Ce réductionnisme, c'est de cette manière qu'il est perçu par les deux courants de critiques, conduit pourtant à conférer une autonomie à la discipline par une limitation de son objet, à objectiviser celui-ci et en garantir une identification efficiente.

Envisager la science juridique comme une discipline autonome impose que celle-ci observe un objet particulier. La mise à l'écart de la justice permet d'établir un objet d'étude autonome par rapport à d'autres disciplines et objectif dans sa détermination. Si le discours juridique veut être autonome et spécifique, il doit rejeter tous les éléments qui ne lui sont pas propres. Selon le normativisme, la spécificité de l'objet reconnu est double. Seul le droit positif, tel qu'il est posé, qui est du droit en vigueur selon les normes du système juridique observé, est objet de la science juridique. Le droit ou plus exactement la norme est ensuite envisagée comme un *devoir être* puisqu'elle est la signification d'un énoncé prescriptif et non l'énoncé lui-même<sup>12</sup>. Un *discours dogmatique*, que nous entendrons comme étant celui qui vise à décrire et à systématiser le contenu du droit positif et de la jurisprudence, qui repose sur un présupposé théorique normativiste, tend alors à établir les significations des différents énoncés prescriptifs dans un ordre juridique<sup>13</sup> donné. Il s'agit d'établir quelles sont les obligations qui sont prescrites par les énoncés normatifs. L'autonomie du discours juridique est manifeste par rapport à la philosophie, puisque toute question de justice est écartée, mais également vis-à-vis de la sociologie ou de la science politique dans la mesure où le *fait* ne relève pas du domaine d'étude. L'étude du *devoir être* exclut de la sorte l'étude de sa finalité ou de sa raison d'être, sous réserve du recours pour la dogmatique juridique à une interprétation téléologique ou historique d'un énoncé prescriptif, ou encore de son application. Pour le normativiste, l'objet droit est

---

<sup>12</sup> Voir pour une définition normativiste de la norme juridique, *infra*.

La distinction entre l'énoncé et la norme est fondamentale en théorie du droit. Elle met en avant le caractère fondamental de l'interprétation. Il est toujours nécessaire d'interpréter pour dégager une signification d'un énoncé et donc pour déterminer la norme qu'il contient. Cette distinction permet également d'expliquer pourquoi un même énoncé est susceptible de contenir plusieurs normes. Ainsi par exemple, l'énoncé, contenu dans l'article 13 de la Constitution, selon lequel « le Président signe les ordonnances (...) », contient deux normes différentes résultant de deux interprétations possibles : « le Président *doit* signer les ordonnances » et « le Président *peut* signer les ordonnances ».

<sup>13</sup> « Ordre juridique » et « système juridique » seront utilisés comme synonyme comme désignant un ensemble organisé de normes globalement efficace et sanctionné.

autonome et distinct de l'objet droit tel qu'il peut apparaître dans d'autres disciplines.

Si l'étude de la signification d'un énoncé prescriptif introduit un certain nombre d'incertitudes, car le langage juridique présente comme tout langage une « texture ouverte »<sup>14</sup>, retenir comme support matériel de ces énoncés le droit tel qu'il est posé permet cependant d'identifier de manière objective un objet d'étude. Pour peu qu'un système juridique prévoie l'obligation d'une publication dans un recueil officiel des normes en vigueur, voire que cette publication se fasse sur le réseau Internet, il est possible d'identifier de manière objective ce que sont les actes juridiques en vigueur, une loi, un décret ou un arrêté ministériel par exemple, et donc les énoncés prescriptifs qui y sont contenus. L'identification de l'objet est ainsi chose aisée, du moins dans les systèmes visés, et n'offre aucune discussion possible, sauf erreur matérielle lors de la publication.

Le discours juridique est avantagé sur ce point par rapport au discours naturaliste pour lequel l'identification du droit passe par la recherche préalable de ce qu'est la justice, puis par une appréciation comparative du droit positif par rapport à la justice. Contrairement à l'objet justice, l'objet droit ne nécessite pas de recherche approfondie et ne prête à aucune discussion sur ce qu'il est, mais seulement sur ce qu'il signifie. L'existence matérielle d'énoncés normatifs ne soulève pas de difficulté, même si les significations de ces énoncés sont multiples. La détermination de l'objet est également délicate lorsque l'on appréhende le droit en tant que fait social, comme le font les politistes

---

<sup>14</sup> Le langage a toujours une « texture ouverte », c'est-à-dire qu'il est toujours possible pour des mots de revêtir plusieurs significations, l'indétermination devenant plus forte encore face à des énoncés qui en regroupent plusieurs. Cette part d'indétermination inhérente au langage, qui existe pour le langage juridique, permet d'expliquer qu'un énoncé prescriptif peut toujours, en principe, recevoir plusieurs interprétations et donc contenir plusieurs normes.

Sur la texture ouverte du droit, voir : H. L. A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 155 et s.

et les sociologues. Pour que ces types de discours aient quelque pertinence scientifique, des règles rigoureuses doivent être posées quant à la détermination et à la construction de l'objet. Il faut pouvoir mesurer le fait et donc établir un protocole expérimental opératoire permettant de le faire de manière efficiente et pertinente. Sans protocole, sans méthode préétablie d'observation des faits sociaux, parmi lesquels le droit peut figurer, il est difficile d'accorder un crédit à une analyse factuelle.

## B – L'impasse sur le fait dans l'analyse juridique

La théorie normativiste ignorerait à plusieurs titres le fait. D'une manière générale, elle s'intéresse au *devoir être* et non à l'*être*, à ce qui *doit être* selon les énoncés prescriptifs et non à ce qui *est*. La réflexion juridique qui en découle est amputée d'une part importante de l'analyse du droit : son application, sa pratique. De manière plus précise, trois séries de critiques sont faites autour du refus du normativisme d'appréhender le fait. Tout d'abord, la réflexion normativiste, inscrite dans le *devoir être*, en tant que seul objet observé, n'aurait aucun rapport avec le fait et, en conséquence, ne pourrait prétendre à aucune description efficiente de la réalité. Ensuite, la description proposée de l'ordre juridique en particulier, figure emblématique et prégnante de la construction kelsénienne avec la symbolique lourde de perfection de la pyramide des normes, serait sans rapport avec la manière dont fonctionne le droit. Dans cette perspective, un certain nombre de lieux communs doctrinaux défendent, par exemple, des positions selon lesquelles il faudrait aller « au-delà », « dépasser » ou encore « remettre en cause » la hiérarchie des normes kelséniennes. Combien de fois n'a-t-on pas également entendu que, dans la pratique, devant le juge en particulier, la hiérarchie des normes n'a aucune pertinence, celui-ci n'étant animé

que par la volonté de résoudre le litige concret qui lui est soumis ? La troisième série de critique, indéniablement la plus forte, consiste à dénoncer l'absence d'objet du normativisme. En ne prenant en compte que le *devoir être* et non l'*être*, le normativisme n'aurait qu'un objet fictif, c'est-à-dire qu'il ne reposerait sur aucune réalité observable, ce qui est particulièrement problématique pour une théorie qui se prétend scientifique. Que penser de ces trois séries de critique ?

L'étanchéité entre le fait et la description proposée du droit par le normativisme, premier élément de critique, mérite d'être grandement relativisée. Si la construction normativiste est stipulative, en ce qu'elle fixe des conventions de langage pour désigner les objets qu'elle décrit, elle n'en repose pas moins sur l'observation du droit au sein des différents ordres juridiques et donc sur une réalité donnée<sup>15</sup>. Le point de départ de toute construction théorique repose sur l'observation d'une réalité qu'il s'agit de décrire. La « réalité » juridique, c'est-à-dire le droit tel qu'il existe, tel qu'il est posé, en tant qu'ensemble de normes juridiques, constitue l'objet observé. La pertinence d'une théorie du droit se mesure d'ailleurs à l'adéquation existant entre l'objet réel observé et la construction réalisée à partir de cet objet pour l'expliquer. De plus, le fait est présent dans la définition normativiste de la norme juridique. De manière synthétique, on rappellera que la norme juridique est la signification d'un énoncé prescriptif contenu dans un acte qualifié de norme par une autre norme et appartenant à un ordre normatif globalement efficace et sanctionné<sup>16</sup>. Le fait, la réalité observable, sont présents dans la définition de la norme juridique à travers la condition d'efficacité de l'ordre juridique. Un

---

<sup>15</sup> Si l'on peut toujours contester l'existence d'ordres juridiques, il est plus difficile de contester l'existence du droit à travers les actes qui le contiennent, voir *infra*.

<sup>16</sup> Voir sur ces différents éléments : O. PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 86.

Pour une présentation synthétique : X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Universités Droit, 2008, § 47 et s.

ordre normatif, pour être juridique, toutes conditions étant égales par ailleurs, doit être globalement efficace, c'est-à-dire que la plupart des normes de cet ordre doivent plutôt être respectées par leurs destinataires que non respectées. L'observation est globale, et sans doute le constat d'une certaine paix civile suffit à reconnaître l'efficacité d'un ordre juridique, mais elle introduit un élément factuel dans la définition de la norme juridique. Sans efficacité globale, sans un fait, il n'est pas possible d'identifier un ordre juridique, et donc des normes juridiques. Enfin, le normativisme ne peut que reconnaître et constater que le fait est toujours à l'origine du droit. La critique commune de la *norme fondamentale supposée*<sup>17</sup> méconnaît, plus ou moins volontairement, l'objectif méthodologique de celle-ci : il s'agit de fonder le droit sur le droit, selon une logique d'auto-référentialité, en évitant de rechercher le fondement factuel du droit qui n'intéresse pas le juriste. Il ne s'agit pas de nier qu'il existe toujours un fait à l'origine du droit, mais seulement de maintenir la réflexion théorique dans le *devoir être*. Un exemple significatif peut illustrer ce propos : la mise en place d'un nouvel ordre juridique par le biais d'une révolution politique. Dans une telle situation, à l'origine du nouvel ordre juridique, si, toutes conditions étant égales par ailleurs, celui-ci devient efficace, il y a bien un fait, à savoir une révolution politique. Le normativisme ne fondera pas « juridiquement » ce nouvel ordre juridique sur ce fait, mais sur une norme fondamentale supposée selon

---

<sup>17</sup> KELSEN « suppose » une norme fondamentale, qui n'a pas d'existence réelle, et sur laquelle repose, en dernière analyse, la validité (en tant que mode d'existence spécifique des normes) de l'ensemble des normes appartenant à un ordre juridique donné. Au sein d'un ordre juridique donné, la recherche ascendante des fondements de validité normative conduit ainsi, en dernier lieu, à trouver au sommet de la hiérarchie la norme fondamentale supposée. Voir : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, notamment pp. 194-195.

En France, la Constitution du 4 octobre 1958 ne peut être la norme fondamentale supposée sur laquelle repose la validité de l'ordre juridique français en vigueur parce qu'elle est une norme qui existe. La norme fondamentale *supposée* de cet ordre juridique pourrait être formulée de la manière suivante « la Constitution du 4 octobre 1958 doit être respectée ».

Le fait de « supposer » une norme introduirait une faille dans la construction normativiste puisque cette dernière utiliserait un élément totalement indéterminé à l'appui de la théorie défendue.

laquelle : « le nouvel ordre juridique posé par le gouvernement révolutionnaire est obligatoire ». Grâce à cette norme supposée, la réflexion normativiste demeure dans le *devoir être*, sans pour autant nier l'existence d'un fait à l'origine du nouvel ordre juridique.

Seconde série de critique, le normativisme ne propose qu'une description idéalisée de l'ordre juridique qui ne correspond pas à la pratique du droit et, en particulier, à la réalité du fonctionnement du droit devant les organes d'application comme le juge par exemple. Ce dernier, en particulier, n'aurait que faire d'une représentation hiérarchisée de l'ordre juridique pour résoudre les litiges qui lui sont soumis. Le « quotidien juridictionnel », en dehors des cours suprêmes peut-être, serait fait de clauses contractuelles qui l'emportent sur la loi ou de directives de chefs de service qui priment sur la Constitution. Le normativisme ne rendrait pas compte de ces entorses à la hiérarchie des normes ; pire, ces entorses constitueraient une négation même de l'analyse normativiste.

Face à cette présentation, une première objection s'impose. A moins peut-être de défendre un réalisme radical<sup>18</sup>, la pratique du droit, un fait, ne saurait se confondre avec le droit<sup>19</sup>. Si le droit se limitait à sa pratique, la mise en place d'un système de production de normes générales et abstraites, confié à différents organes selon un principe de séparation des pouvoirs et permettant au peuple, plus ou moins directement, de participer à la production des normes du système

---

<sup>18</sup> « *A thing is what it does* » selon la formule de F. S. COHEN, cité d'après F. MICHAUT, « Etats-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, 2003.

<sup>19</sup> Loi de HUME selon laquelle : *il n'est pas possible de dégager des conséquences prescriptives à partir de prémices seulement descriptives* (D. HUME, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, pp. 244-245).

Le réaliste américain Karl N. LLEWELLYN défend au contraire un « divorce temporaire du *Is* et du *Ought* », de l'être et du *devoir être*. Il estime en effet que c'est par une étude des *pratiques* qu'il est possible de faire des propositions concernant ce qui *doit être* (voir : F. MICHAUT, « Etats-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », *précit.*).

conformément au principe démocratique, représenterait une dépense d'énergie inutile. En tant que système d'organisation sociale, s'il était limité à sa pratique, le droit ne serait rien. Il serait privé de cette finalité organisationnelle s'il était assimilé à la conduite effective de ceux à qui il s'adresse.

Par ailleurs, la non-conformité de ce qui *est* avec ce qui *doit être* est prise en compte par le normativisme avec le paradoxe de la concrétisation. Si idéalisée que soit perçue la construction normativiste, en aucun cas, du moins dans sa version moderne, elle ne nie les contradictions au sein d'un ordre juridique. Les contradictions sont mêmes inhérentes à n'importe quel ordre juridique. Lorsqu'elles existent, la hiérarchie des normes est inversée, conformément d'ailleurs à ce que soutiennent ceux qui critiquent le normativisme sur ce point, dans la mesure où ce sont les normes inférieures dans la hiérarchie, les normes individuelles et concrètes, comme un jugement par exemple, qui s'appliquent à des situations concrètes malgré leur éventuelle contrariété avec des normes supérieures qu'elles sont censées respecter. Les normes inférieures dérogent ainsi aux normes supérieures, en s'appliquant à des situations concrètes. Elles priment sur les normes supérieures du fait de leur application. La concrétisation de l'ordre juridique conduit à un paradoxe puisque ce sont les normes inférieures qui priment sur celles qui leur sont supérieures. Une fois cette situation constatée, inhérente à tout système juridique, il est possible de s'interroger sur les mécanismes juridiques susceptibles d'être créés afin de corriger ces situations d'irrégularité dans le système. L'irrégularité dans un ordre juridique ne remet pas en cause la pertinence du normativisme, puisqu'il n'en nie pas l'existence, propose une description du phénomène qui en découle et renvoie à la création de mécanismes permettant de préserver l'exigence de régularité dans un ordre juridique.

La troisième série de critique soutient que le normativisme serait dans une certaine mesure sans objet, à l'instar d'ailleurs d'autres théories<sup>20</sup>. Parce que le normativisme n'a pour objet que le *devoir être*, il observe un objet dénué de réalité matérielle. Le *devoir être* n'est rien de matériellement palpable, la signification d'un énoncé prescriptif n'est pas une réalité objective. Si l'on peut difficilement nier ce constat, il est toutefois possible de le compléter. Le *devoir être* dispose d'un support qui, lui, a une existence matérielle : l'acte juridique quel qu'il soit, loi, règlement, contrat ou jugement, qui contient l'énoncé prescriptif. Le normativisme observe donc bien quelque chose de non réel, un *devoir être*, mais qui repose sur quelque chose d'observable, de réel : un énoncé contenu dans un acte juridique. Pour le normativiste, il existe bien une réalité matériellement observable, l'acte juridique qui contient l'énoncé prescriptif, même si, dans cette réalité, ce qui intéresse le discours juridique c'est le *devoir être*, immatériel, qu'elle contient.

## **II – Le péché capital : le caractère descriptif du discours**

La critique tirée du caractère descriptif du discours normativiste peut susciter des ambiguïtés selon qu'elle porte sur le discours théorique normativiste ou le discours dogmatique. Le caractère descriptif d'une théorie est difficilement discutable dès lors que celle-ci a pour prétention de décrire un objet à un niveau d'abstraction suffisamment élevé pour dépasser les contingences des éléments observés. Elaborer une construction intellectuelle permettant d'expliquer comment est le droit et comment il fonctionne quel que soit le système juridique<sup>21</sup> concerné implique nécessairement d'adopter un discours descriptif sur

---

<sup>20</sup> Voir par exemple, à propos de la théorie réaliste (française) de l'interprétation : O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *R.F.D.C.*, n° 52, 2002, pp. 759-788.

<sup>21</sup> « Système juridique » et « ordre juridique » sont employés comme synonymes.

l'objet observé. Aussi doit-on considérer que la critique sur le caractère descriptif du discours porte, non pas sur le discours théorique normativiste, mais sur le discours de la dogmatique juridique qui retiendrait comme présupposé la théorie normativiste. Pour reformuler en ce sens la cible de la critique : la dogmatique juridique normativiste se contente de décrire le droit et la jurisprudence, se faisant ainsi le serviteur du droit et du pouvoir, quel que soit le contenu de celui-là et les intentions de celui-ci. Le postulat normativiste serait celui de l'obéissance inconditionnée au droit positif, à moins, bien entendu, que celui-ci ne consacre un droit de résistance à l'oppression, excluant toute réflexion sur les raisons de cette obéissance. Les critiques visent ainsi à dénoncer l'obligation que la théorie normativiste fait peser sur le discours sur le droit d'être descriptif et juridique<sup>22</sup>. Dans cette perspective, la faiblesse du normativisme aurait donc une double origine : l'absence de tout jugement de valeur (A) et l'adoption d'un discours strictement juridique (B).

#### A – L'absence de jugement de valeur

Face à une certaine présentation caricaturale du positivisme/normativisme, un truisme s'impose : exiger du discours sur le droit de ne pas porter de jugement de valeur ne signifie pas que celui qui le tient n'a pas par ailleurs des convictions sur ce que devrait être le droit. Rappelons avec Alf ROSS qu'en tant que positiviste, « il est tout à fait possible sans se contredire de nier l'objectivité des valeurs et de la morale et d'être, en même temps, un honnête homme

---

<sup>22</sup> Précisons que le normativiste est à la fois un *discours sur le droit* et un *discours sur le discours sur le droit*. En tant que discours sur le droit, il est descriptif, il ne vise qu'à décrire cet objet ; en tant que discours sur le discours sur le droit, il est prescriptif vis-à-vis de ce dernier en lui imposant un certain nombre d'exigences lui garantissant un caractère scientifique. Le caractère descriptif du discours sur le droit est ainsi une exigence imposée par le normativisme.

et un compagnon de lutte fiable contre le règne de la terreur, de la corruption et de l'inhumanité »<sup>23</sup>. Se refuser à la subjectivité du discours moral dans le commentaire du droit positif ne signifie pas que l'on ne porte pas par ailleurs une appréciation subjective sur celui-ci.

Adopter un discours descriptif sur le droit conduit à écarter tout discours prescriptif sur celui-ci visant à dire comment il devrait être, en particulier d'un point de vue moral. La morale est un ordre de valeur subjectif, relatif et distinct de l'ordre juridique. Certes, l'ordre juridique concrétise des valeurs morales mais, en tant que tel, il se distingue des ordres moraux en ce qu'il est le seul à réunir les deux conditions d'efficacité globale et de sanction. Ecarter toute prescription morale du discours scientifique vise une nouvelle fois à préserver le caractère scientifique du discours dogmatique juridique.

Les appréciations morales sur le droit sont tout à fait possibles, même si elles ne sont d'aucune pertinence pour établir ce qui est obligatoire, interdit, permis ou habilité par le droit. En revanche, la confusion des discours est condamnable. Il ne faut pas que, sous couvert d'un discours juridique prétendument objectif, ce soient des considérations morales qui l'emportent. Celles-ci ne sauraient guider le discours juridique lorsqu'il s'agit d'établir ce qu'est le droit pertinent. Au nom de l'objectivité supposée du droit, il est problématique que soient défendues des considérations morales, subjectives et relatives. Les controverses juridiques à forte teneur éthique, comme par exemple l'interruption volontaire de grossesse ou le mariage homosexuel, entraînent souvent la confusion entre les ordres juridique et moral ; on y « fait passer la relativité subjective du second sous couvert de

---

<sup>23</sup> A. ROSS, « *Validity and the conflict between legal positivism and natural law* », *Revista Juridica de Buenos Aires*, 1961, IV, pp. 46-93, extrait reproduit et traduit in *Le positivisme juridique, op. cit.*, p. 442.

l'objectivité prétendue du premier »<sup>24</sup>. Le postulat du discours descriptif vise ainsi, et c'est l'une des thèses positiviste dégagée par HART (*indépendance du droit et de la morale*), à clairement dissocier le juridique du moral. Cette dissociation ne conduit pas à nier que le droit contient lui-même des valeurs morales. Seulement, les valeurs morales contenues dans le droit sont, sans qu'il soit possible de faire autrement dans un système démocratique reposant sur le principe majoritaire, éventuellement distinctes de celles retenues par tel ou tel commentateur du droit. Il ne faut donc pas que ces derniers, en raison de leurs valeurs divergentes, commentent le droit tel qu'il existe par le prisme déformant de leurs croyances morales.

L'absence de jugement de valeur empêche-t-il pour autant toute appréciation critique ? La servilité caricaturale dénoncée chez les normativistes les condamne-t-elle à ne se faire que la voix du droit et du pouvoir ? La réponse semble évidente : le normativiste ne peut être que critique.

D'abord parce qu'il reflète une certaine conception du droit au regard de la théorie du droit proposée. La question, qui mérite à elle seule une étude spécifique, de l'éventuelle subjectivité d'une théorie prétendument descriptive est délicate. Une théorie du droit vise en effet à décrire l'objet droit où qu'il se trouve et quels que soient les systèmes juridiques observés et, surtout, quelles que soient les valeurs défendues dans ces systèmes. Par définition, elle n'entend donc pas dire comment le droit doit être et n'a aucune prétention idéologique. Il n'en reste pas moins vrai qu'il existe plusieurs théories du droit pour décrire et expliquer un même objet, le droit. Adopter telle théorie plutôt que telle autre révèle en ce sens d'un choix. Celui-ci repose, en

---

<sup>24</sup> D. DE BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD civ.*, 2002, p. 47.

partie, sur un certain nombre de présupposés plus ou moins conscients. Ce sont précisément ces présupposés qui constituent le volet subjectif du choix de défendre telle théorie plutôt que telle autre. La théorie réaliste (française) de l'interprétation, par exemple, défend le principe d'une liberté totale de l'interprète, et du juge en particulier, pour établir la signification des énoncés normatifs. Sa liberté est telle qu'il est le seul auteur de la norme<sup>25</sup>. La théorie normativiste ne défend pas cette position. Le juge ne pose pas de normes générales et abstraites, il ne fait que les appliquer à des cas concrets pour résoudre le litige qui lui est soumis et poser une norme individuelle et concrète. A l'origine du choix de l'une ou de l'autre de ces deux théories, différents éléments entrent en ligne de compte : le point de vue adopté par la théorie, factuel ou normatif, considéré comme pertinent ou la capacité de la théorie à expliquer le phénomène observé. Doit-on ajouter l'existence de présupposés, d'un méta-discours, sur ce que *doit être* le droit ? La prudence invite à se contenter ici de cette interrogation.

Ensuite, s'agissant du discours dogmatique, il doit, dans le commentaire et la systématisation des énoncés de droit positif et du discours du juge, dégager et éclairer sur les différents *possibles*, sur les différentes normes susceptibles d'être dégagées d'un énoncé prescriptif et sur les différentes significations que peut avoir la doctrine du juge. Cette obligation pour la dogmatique de dégager toutes les interprétations possibles d'un énoncé est une conséquence indirecte du refus, selon une lecture rigoureuse de la *Théorie pure*, de choisir entre les différentes méthodes d'interprétation susceptibles d'être utilisées<sup>26</sup>. A défaut d'en choisir une, elles doivent être toutes

---

<sup>25</sup> Voir pour une présentation synthétique de la théorie réaliste de l'interprétation et de ses différentes thèses : M. TROPER, « Réplique à O. Pfersmann », *R.F.D.C.*, n° 52, 2002, p. 337.

<sup>26</sup> Pour une approche critique : O. JOUANJAN en préface à F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Traduit de l'allemand par O. JOUANJAN, P.U.F., Léviathan, 1996, *op. cit.*, p. 7 et s.

utilisées, afin de permettre de dégager les différentes significations possibles des énoncés normatifs. Il ne suffit cependant pas, pour la dogmatique juridique, d'*énoncer* tous ces possibles, encore faut-il les *éclairer*. A l'évidence, le discours juridique ne saurait énoncer différentes significations sans les évaluer les unes par rapport aux autres. Le seul fait de se trouver face à plusieurs significations implique plus ou moins directement des explications sur ce qui permet d'obtenir chaque signification, sur la pertinence de la signification, sa cohérence, sa plausibilité ou encore son opportunité. Lorsque le discours dogmatique porte en particulier sur la doctrine des juges, l'explicitation de celle-ci conduit de manière irrémédiable à une critique sur sa cohérence, sa lisibilité, son accessibilité... qui sont autant de critiques « techniques ».

Poussons encore l'examen de la critique portant sur la prétendue servilité du normativiste. Ce dernier peut-il aller au-delà de la seule critique technique ? On s'interrogera une nouvelle fois sur l'intérêt scientifique que peut avoir la communauté des juristes à connaître la position morale de tel ou tel auteur sur tel ou tel texte, du moins dans une revue juridique. En tout état de cause, la bonne foi, il ne sera plus ici question de prescription normativiste pesant sur la dogmatique juridique, impose que toute critique en termes de valeurs morales soit énoncée en tant que telle, avec la précision de la relativité de cette appréciation. Il n'est plus ici question d'aucune prescription tirée de l'adhésion à tel ou tel courant de pensée sur le droit, mais seulement d'honnêteté intellectuelle. Il serait d'ailleurs bon, aussi bien lorsqu'il s'agit pour la doctrine de compléter son analyse par une appréciation d'ordre moral, que lorsqu'il s'agit de soutenir des positions strictement juridiques, de toujours envisager les assertions proposées de manière relative, sans prétention aucune à la vérité. En ce sens, la rigueur dans la détermination des différentes interprétations possibles

des énoncés prescriptifs postule, par principe, la relativité des propositions doctrinales sur ces énoncés.

## B – Un discours strictement juridique

Les détracteurs du normativisme dénoncent la pauvreté du discours sur le droit qu'il implique : celui-ci doit demeurer purement juridique. Selon la formule de KELSEN, il faut se « débarrasser (...) de tous les éléments qui (...) sont étrangers » à la science juridique comme la « psychologie, sociologie, éthique et théorie politique »<sup>27</sup>. En conséquence, la dogmatique juridique doit se borner à énoncer les significations possibles des énoncés prescriptifs, en les éclairant de sa seule lumière technique. Peu important alors la pratique du droit, elle intéresse le sociologue ou le politiste ; son histoire, il existe une discipline spécifique sur cette question ; ou ses finalités, dont l'étude appartient au philosophe. Le maintien du discours juridique dans la seule perspective juridique a pour raison d'être la spécification et l'autonomisation ainsi que la qualité scientifique du discours juridique et de la discipline juridique par rapport aux autres domaines du savoir. Toute appréciation autre que « juridique » est donc écartée, qu'il s'agisse d'une appréciation morale, sociologique, historique, politique... La difficulté pour une même personne de réunir des compétences suffisantes dans chacun de ces domaines éloigne, au nom d'une exigence scientifique, toute possibilité de cumuler les différents éclairages. Si l'on poursuit cette logique, différentes disciplines sont susceptibles de porter un regard différent sur le même objet, à savoir le droit, et il revient au philosophe de porter une appréciation éthique sur le droit, au sociologue de porter une appréciation sous l'angle des faits sociaux, à l'historien..., et au juriste d'en proposer une analyse juridique.

---

<sup>27</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9.

Cette démarche préconisée par KELSEN emporte deux inconvénients d'inégale valeur qui nous conduisent à défendre une lecture souple des prescriptions que la *Théorie pure* tend à faire peser sur le discours dogmatique. Un inconvénient stratégique du point de vue de la discipline juridique : l'abandon à d'autres disciplines de l'observation de son objet d'étude. Un inconvénient scientifique, lié au premier : la dilution de l'objet droit. On peut déjà constater une absence d'unanimité quand à la définition du droit chez les juristes, au-delà de la définition basique proposée dans la plupart des manuels d'introduction au droit et des lexiques de termes juridiques qui est une définition sociologique<sup>28</sup> ; cette diversité ne pourra que s'accroître en fonction des différentes disciplines. De plus, si le juriste n'est pas compétent pour émettre une appréciation sociologique ou économique sur le droit, on ne voit pas pourquoi le sociologue aurait les compétences juridiques pour pouvoir observer le droit. Pour rester dans cette logique, une approche sociologique du droit sera profondément différente selon qu'elle est adoptée par un juriste ou par un sociologue. En conséquence, il paraît nécessaire de développer, de manière accessoire à l'approche strictement juridique, d'autres points de vue avec le regard du juriste. Il ne s'agira pas de faire de l'histoire, de la sociologie, de l'économie, mais d'apporter un éclairage juridique, avec la conscience que le droit est un *devoir être*, sous ces différents angles. La sociologie du droit, l'anthropologie du droit ou la philosophie du droit, c'est-à-dire une approche sociologique, anthropologique ou philosophique du droit faite par un juriste sera différente du regard du sociologue, de l'anthropologue ou du philosophe sur le droit. Il existe d'ailleurs une discipline, concrétisée par une section du Conseil national des universités et un concours d'agrégation de l'enseignement supérieur, d'histoire du droit et des

---

<sup>28</sup> Selon laquelle, en substance : le droit regroupe l'ensemble des règles régissant la vie en société qui sont sanctionnées par la puissance publique.

institutions, distincte des autres domaines de l'histoire, qui témoigne de l'opportunité d'avoir une approche juridique de l'histoire du droit, par des juristes formés au sein des Facultés de droit. Le regard du juriste sur le droit sous l'angle sociologique, philosophique ou économique, est d'autant plus nécessaire que seul le juriste est en mesure de pouvoir le porter avec la conscience de la spécificité de son objet.

Aussi, sans doute est-il plus nécessaire au juriste de préciser le point de vue qu'il adopte plutôt que de s'interdire d'autres points de vue que celui juridique. Si la tâche première du juriste est de décrire le droit tel qu'il est, une fois cette tâche accomplie, il est parfaitement possible, du moins dans le discours dogmatique, de compléter ce point de vue par une appréciation historique, économique, sociologique, philosophique ou encore politique, à condition, à chaque fois que l'on quitte le point de vue juridique, d'indiquer quel est le point de vue adopté. Il n'est finalement plus question de *pureté* pour parvenir à un caractère scientifique, mais d'une explicitation des angles d'approche tout aussi préservatrice du caractère scientifique du discours juridique. L'apport de la théorie pure consiste à rendre autonome et scientifique le discours juridique. Pour parvenir à un tel résultat, il est possible de le faire en précisant son niveau de discours. Il importe moins d'avoir un discours strictement juridique que, si l'on quitte ce type de discours, d'indiquer quelle approche on retient. La crédibilité du discours juridique passe par l'adoption d'une telle démarche distinguant avec précision ce qui relève de la description, de l'approche strictement juridique, d'autres dimensions du discours sur le droit, économique, éthique, philosophique, politique ou éventuellement, puisque certains ne sauraient se résoudre à s'en abstenir, de l'approche subjective et personnelle de l'auteur de la description.

Ces éclaircissements sur ce qu'est le normativisme en tant que positivisme, en réaction aux critiques dont il fait l'objet, n'ont sans doute rien de nouveau. Ils n'en sont pas moins nécessaires car ces critiques sont encore aujourd'hui assénées avec une constance étonnante. De telles précisions peuvent cependant paraître inutiles tant l'objectif poursuivi de clarification semble être totalement vain. La représentation caricaturale du positivisme sera vraisemblablement toujours plus forte que toute tentative de rationalisation et d'explication des réalités positivistes. Le normativisme aurait-il constitué une cible aussi facile sans ses deux figures emblématiques de la *pyramide des normes* et de la *norme fondamentale supposée* ? Demeurer dans la caricature, et sans doute les positivistes le sont également à l'égard du droit naturel, préserve de la réflexion, éloigne toute remise en cause de ses propres idées et contribue à un confort intellectuel certain. Pourquoi en irait-il autrement ?