

Positivisme juridique et Modernité

Fabien Gouttefarde

Volume 37, Number 1, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027129ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027129ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gouttefarde, F. (2007). Positivisme juridique et Modernité. *Revue générale de droit*, 37(1), 7–20. <https://doi.org/10.7202/1027129ar>

Article abstract

Why does Legal positivism represent a resolutely modern jurisprudence? That is the question addressed by the article. We do not prejudge the particularly adequate character of the legal positivism with the present-day, but rather its relevance with Modernity going back to 1492. With Modernity, Society considers law emancipated from values and sublimation. Save for social utility, considered like consubstantial to law and which precedes utilitarianism and functionalism. Nevertheless, here Legal positivism seems to meet its intrinsic limits, marked by the atrophy of the explanatory dimension to the benefit of the descriptive dimension. In this way, paradoxically, Legal positivism justifies the sociological approach to law. An approach derived from demystification and trivialization of the law as an object, although critical of its foundation.

Positivisme juridique et Modernité

FABIEN GOUTTEFARDE

Doctorant dans les Universités de Paris XI et de Montréal, ATER à Paris VIII

RÉSUMÉ

En quoi le positivisme juridique constitue-t-il une philosophie du droit résolument moderne ? Telle est la question que nous nous posons à travers cet article. Le constat que nous proposons ici ne préjuge pas du caractère particulièrement adéquat du positivisme juridique par rapport à notre époque contemporaine, mais plutôt de sa pertinence en lien avec la Modernité, que l'on fera remonter, avec les grands découpages historiques, à 1492. Avec elle, l'Homme se réapproprie le droit qui se veut désormais affranchi de toute théodicée et de toute valeur, hormis celle de l'utilité sociale, considérée comme consubstantielle au droit et qui préfigure l'utilitarisme et le fonctionnalisme. Mais le positivisme juridique rencontre peut-être ici aussi ses limites intrinsèques, marquées par l'atrophie de la dimension explicative au bénéfice de la dimension descriptive. En ce sens, paradoxalement, le

ABSTRACT

Why does Legal positivism represent a resolutely modern jurisprudence? That is the question addressed by the article. We do not prejudge the particularly adequate character of the legal positivism with the present-day, but rather its relevance with Modernity going back to 1492. With Modernity, Society considers law emancipated from values and sublimation. Save for social utility, considered like consubstantial to law and which precedes utilitarianism and functionalism. Nevertheless, here Legal positivism seems to meet its intrinsic limits, marked by the atrophy of the explanatory dimension to the benefit of the descriptive dimension. In this way, paradoxically, Legal positivism justifies the sociological approach to law. An approach derived from demystification and trivialization of the law as an object, although critical of its foundation.

positivisme juridique justifie une démarche sociologique sur le droit. Démarche née de la démystification et de la banalisation de l'objet droit, mais qui s'évertue pourtant à en critiquer les fondements.

SOMMAIRE

Un droit posé pour une société qui n'est plus révélée.	10
Le juspositivisme, acteur et témoin d'une réalité factuelle et effective.	11
Le relativisme des valeurs ou l'humus du positivisme.	12
Le droit positif comme outil d'objectivation des rapports sociaux.	15
L'individu, nouvel étalon de toute connaissance positive.	16
L'État : nouvelle source de la normativité.	18
Conclusion	19

1. La question de savoir si le positivisme juridique constitue une philosophie du droit résolument moderne, nous invitera, si ce n'est à définir ce concept vertigineux de modernité, au moins à encadrer ou accentuer les grands traits de ce qu'est une philosophie moderne. Et l'on admettra qu'une pensée qui se prétend moderne emprunte logiquement les caractéristiques de la Modernité. Reconnaisant avec Danilo Martucelli que « *la récurrence du mot "modernité" dans les sciences humaines n'a d'égal que sa profonde labilité théorique* »¹, nous nous efforcerons pourtant de poser certaines bornes au sein desquelles ce concept se meut généralement.

2. Dans un sens, il peut paraître surprenant de se demander si le positivisme est particulièrement adapté à la modernité, s'il est résolument moderne, quant on pourrait davantage affirmer que c'est la modernité qui impose le positivisme. Cette théorie ne se serait pas ajustée, alignée, sur les postulats et les approches de la

1. D. MARTUCELLI, *Sociologies de la modernité. L'itinéraire du XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1999, p. 9.

modernité, elle en serait plutôt la résultante inexorable et logique. De la modernité découlerait alors irrémédiablement un positivisme en phase avec la modernité car « enfanté » par elle.

3. La modernité oblige en effet à constater une réalité nouvelle : la diversité². Diversité des cultures et des modes de vies, diversité des croyances et des religions, diversité des sociétés et des moyens de les réguler. Par conséquent diversité des valeurs et des manières de les consacrer. Diversité des droits. Le positivisme s'imposerait ainsi à l'homme désormais conscient de l'hétéronomie du monde et désireux d'interpréter la réalité dans toute sa complexité et ses nuances. Le droit positif se caractérisant alors par son particularisme et sa mutabilité au contraire d'un droit naturel, immuable, aux prétentions universelles.

4. Si l'on postule que la philosophie est par essence liée à la sagesse, à la raison et à la rationalité, alors le positivisme juridique répond *prima facie* aux canons et aux règles caractérisant une philosophie³. Il se veut être principalement une approche rationnelle, empirique et ouverte aux diversités du réel.

5. Francis Bacon, dès 1620 dénonçait dans *Novum Organum* les quatre idoles de la connaissance qui, telles des œillères, entravaient notre perception de la réalité. La « méthode scientifique » consistant à observer et comparer est alors le vecteur permettant de sortir des pré-jugés qui habitent la conscience humaine. L'envolée des sciences empirico-inductives sera alors manifeste également dans la sphère politique dans laquelle la religion va lentement se défaire de sa prétention à interpréter le réel. Avec Nicolas Machiavel, le renversement d'une tradition vertueuse dans la manière de gouverner provoque un véritable schisme entre morale et philosophie traditionnelle. Le pouvoir perd son origine divine. Ici, l'ambition est purement utilitaire, c'est la quête et la conservation du pouvoir. C'est en ce sens que l'on peut souligner que la rationalisation se définit par « l'augmentation du rôle de la rationalité formelle, les actions centrées sur l'adéquation

2. Le début des temps modernes selon les grands découpages historiques remonte à 1492. Cette date illustre particulièrement bien la découverte d'un autre continent, d'une autre civilisation et la pluralité des mondes.

3. On soulignera que certains penseurs étaient de l'avis que le positivisme juridique n'avait rien à voir avec le positivisme philosophique, voir notamment K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 51.

moyens-fins, au détriment de la rationalité matérielle, les actions guidées par des postulats de valeur »⁴.

6. Le positivisme juridique, appelé encore relativisme, connaît certaines résonances aux temps de la Grèce socratique. Les sophistes, dont la réputation, pour le moins dépréciée, était à peu près la même à l'époque de Platon et d'Aristote qu'aujourd'hui⁵, puisqu'ils pervertissaient les valeurs morales et relativisaient le bien et le mal, n'étaient pas seulement des bretteurs intellectuels aptes à défendre toutes les causes et à convaincre tous les sceptiques. Opposant « la convention » à « la nature », ils voyaient déjà l'Homme comme la mesure de toute chose⁶. Dans cet univers jus-naturaliste qu'est l'Antiquité, Protagoras, adossé à son *homo-mensura* ne pouvait se douter de la « modernité » de ses conceptions et du soutien quasi consensuel dont elles disposeraient jusqu'à nos jours⁷. Aussi, nous verrons comment le positivisme juridique a fait des Hommes les véritables auteurs du droit et comment ces derniers, mués collectivement en *Léviathan*, justifient désormais l'existence des normes juridiques.

Un droit posé pour une société qui n'est plus révélée.

7. L'idée de modernité est étroitement liée à celle de rationalisation. Les découvertes scientifiques qui débutent dès le XVI^e siècle, tant en sciences « exactes » que dans les domaines ultérieurement appelés sciences sociales, vont repousser Dieu aux confins des rapports sociaux, allant avec Luther jusqu'à faire de la relation Dieu-Homme, via notamment le principe de la *Sola scriptura*⁸, une correspondance personnelle et moins institutionnalisée⁹. Aussi, à partir du moment où l'Homme s'approprie la

4. D. MARTUCELLI, *op. cit.*, note I, p. 188.

5. H. DE PAGE, *Droit naturel et positivisme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 11.

6. Dans ce sens, voir A. DUFOUR, « Droit naturel/Droit positif », (1990) *Archives de Philosophie du droit*, 35, 67 et la bibliographie présentée à cette page à la note 32.

7. Voir G. AUBERT, « Le fondement du Droit chez les Sophistes », (1974) 93 *Revue de droit suisse*, 593.

8. La *Sola scriptura* qui signifie « l'Écriture seule » est, avec la *Sola fide* et la *Sola gratia*, un principe révolutionnaire. Avec lui, il devient possible de lire la Bible hors de la médiation de l'Église, en dehors même de la longue tradition qui a apporté le texte jusqu'à celui qui le lit. Si la *Sola scriptura* ne s'oppose pas à l'édification d'une structure ecclésiastique, nécessaire à l'incarnation de la foi dans une réalité terrestre, l'expression de cette Église ne doit pas devenir dogmatique.

réalité, les conceptions théologiques de la société vont être durement éprouvées. De cette manière, « la société moderne s'oppose fondamentalement à un type de société qui prétendrait s'organiser conformément à une révélation divine »¹⁰.

Le juspositivisme, acteur et témoin d'une réalité factuelle et effective.

8. La modernité est avant tout la conscience par l'Homme de sa capacité à agir sur son environnement, sur sa vie, sur les choses. Elle « se veut l'expression rationnelle d'une correspondance entre l'action humaine et l'ordre du monde, entre l'économie, la science, la technique, la régulation sociale et politique et des individus libres de toute contrainte ; elle entend commander l'évolution de l'humanité vers la prospérité, la liberté et le bonheur »¹¹. Aussi, le droit n'échappe pas à la démystification du réel et à la prépondérance de la volonté humaine. Le droit comme tel est donc appelé à être construit, défini, instrumentalisé. C'est pourquoi comme le souligne Henri de Page, la théorie positiviste « rend, seule, adéquatement compte de ce qu'on a si justement appelé la "lutte pour le droit", théorie selon laquelle le droit n'est pas, mais se fait »¹².

9. À cette conception de la réalité s'agrège donc une conception de la juridicité appelée positivisme juridique. Ce dernier prétend pouvoir s'affranchir de toute conception finaliste de l'univers, et faire abstraction de toute valeur, en s'affirmant, selon l'expression de Max Weber reprise par Kelsen, « Wertfrei », c'est-à-dire dégagé de toute valeur posée *a priori*.

10. Puisque le droit n'est plus révélé, n'est plus habité par sa dimension transcendantale, il devra trouver ailleurs la source de sa légitimité et les bases de son édification. La magie de la substitution provient en partie du fait que c'est dans les caractéristiques du droit lui-même que le droit va s'autojustifier. De cette manière,

9. H. TINCQ ne dit-il pas, dans son dictionnaire des religions monothéistes, qu'avec le principe de la *Sola fide*, « la foi est affaire strictement personnelle [...]. Il renvoie chacun à la radicalité de son expérience croyante, à une certaine solitude devant Dieu », dans *Larousse des religions*, Paris, Larousse, 2005, p. 180.

10. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 3.

11. *Ibid.*

12. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 5, p. 40.

« les critères de la juridicité du droit sont déterminés par le système juridique lui-même »¹³.

11. Le positivisme postule ainsi que le droit règle sa propre création, et en ce sens, il n'est fondé ni sur la volonté divine, ni sur la morale.

12. Cette dernière assertion est opportune puisque le relativisme des valeurs semble être l'attribut spécifique de l'époque moderne. Poussée à son paroxysme, elle est définie comme étant « l'ère du vide »¹⁴ puisque sur le plan de la morale, la modernité penche vers les conceptions sceptiques. La raison n'a alors en effet plus rien à dire sur les finalités.

13. L'attitude positiviste se voulant débarrassée de tout préjugé de nature métaphysique, philosophique ou idéologique, contient en son sein deux aspects. Négatif tout d'abord dans le rejet de tout élément de nature métaphysique au nom d'un idéal d'objectivité, et positif ensuite qui affirme que l'origine de la connaissance se trouve dans l'expérience et qui valorise ainsi l'observation au détriment des valeurs universelles de la raison.

Le relativisme des valeurs ou l'humus du positivisme.

14. Tandis que la pensée classique était téléologique et essentialiste¹⁵, un des premiers penseurs modernes, Hobbes, adhère à l'approche mécanique et matérialiste de l'univers. Le mouvement des choses se comprend par la relation de causalité. Sa posture épistémologique relève quant à elle de l'empirisme. Aussi, toute chose échappant à l'expérience sensible, comme le bien ou le mal,

13. L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories. Pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 24.

14. « L'époque contemporaine est incontestablement marquée par l'effacement des repères traditionnels, par l'ère du vide. En effet, les transcendances ont disparu, les idéaux suprêmes (Dieu, le progrès, la nature, la raison, le bien) ne légitiment plus le réel. La société ne partage plus une conception commune du bien et du mal... », D. MANAI, « Justice incertaine et pluralisme des valeurs à l'ère démocratique », dans *Pour un droit pluriel, Études offertes aux Professeurs J.-F. PERRIN, G., HELBING, LICHTENHAHN*, Genève, Faculté de droit de Genève, 2002, p. 180.

15. Pour Platon, grand représentant du « dualisme » dans l'Antiquité, les idées, séparées des choses, sont comme des modèles qui les précèdent. La substance, l'essence des choses se trouvent dans le monde des idées, c'est-à-dire en rupture avec les choses physiques. « Selon Platon, les idées et les choses mathématiques sont deux espèces de substance, la troisième étant la substance des corps sensibles », estime Aristote dans sa *Métaphysique*, 1028 b.

échappe conséquemment à toute connaissance possible. L'approche hobbesienne ouvre grand les portes au relativisme et au subjectivisme des valeurs, aux « thèses de la séparation » dans lesquelles s'engouffreront David Hume et Hart. D'un point de vue politique et juridique, Hobbes permet une sorte de « sécularisation », de réappropriation du pouvoir d'organiser la cité dans les mains des Hommes. Puisque c'est « l'art qui crée le grand Léviathan »¹⁶, celui-ci n'a pas d'existence préétablie et peut potentiellement tout régir.

15. Ces « dynamiques de la modernité »¹⁷ provoquent l'un des clivages les plus marqués entre jusnaturalistes et positivistes. Ce droit humainement établi possède les attributs de l'exclusivité et de l'exhaustivité au détriment d'autres sources de juridicité. « *Le droit positif est le seul droit valide* »¹⁸ et d'une certaine manière, le rapport de supériorité entre droit naturel et droit positif issu de la tradition jusnaturaliste chrétienne scolastique va se renverser au profit de ce dernier, dépouillant de sa pertinence un droit naturel hypothétique non incorporé au droit positif. Le corps social va progressivement se substituer à Dieu comme principe de jugement moral et devenir ainsi source des valeurs. Ainsi, « le bien réside dans ce qui est utile à la société, le mal dans ce qui nuit à son développement et à son efficacité ; la modernité marque ainsi le triomphe de la morale sociale, de l'utilitarisme et du fonctionnalisme »¹⁹. Il est intéressant de voir comment des manifestations de la modernité, pathologiques sans aucun doute, ont réussi à unifier droit et morale au sein d'une théorie dite positiviste. Le politologue Otto Kirchheimer l'a démontré en étudiant le droit national socialiste du Troisième Reich. Comme l'écrit

16. T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Gallimard, Folio, 2000, p. 67.

17. Expression tirée de l'ouvrage : L. FERRY, A. RENAULT, « L'éthique à l'âge démocratique », dans *Éthique et droit à l'âge démocratique*, Actes du colloque de mai 1990, *Cahier de philosophie politique et juridique*, n° 18, Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, p. 15.

18. C. GRZEGORCZYK, « La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit », dans C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER (dir.), *Le Positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 34. R. AGO écrit ainsi : « l'innovation que le positivisme juridique introduit par rapport aux théories précédentes ne consiste donc pas dans une révision de la notion de droit positif mais dans la réduction au droit positif de tout le droit », dans R. AGO, « Droit positif et droit international », (1957) *Annuaire Français de Droit International*, 24.

19. B. OPPETIT, *op. cit.*, note 10, p. 5.

alors Luc J. Wintgens, « c'est la morale qui tire sa validité du droit de par une positivisation dans le droit étatique »²⁰.

16. Ainsi, par rapport aux périodes antérieures, la Modernité apporte d'abord un immense « déniement et aussi un terrible dégrisement »²¹. De la même manière, Max Weber estime que la modernité, en rompant l'alliance et l'unité du ciel et de la terre, nous conduit à vivre dans un monde désenchanté, privé de spiritualité et de transcendance²².

17. Il y a cependant dans la tradition positiviste comme une atrophie de la dimension explicative au bénéfice de la dimension descriptive, comme un glissement de l'ambition classique de définir l'origine et ce que devait être le droit vers des approches analytiques offrant de riches interprétations de son fonctionnement. Aussi, comme on a pu l'écrire, « sur ce point, le jusnaturalisme est plus exigeant : il ne retient pas seulement les critères de l'être du droit, mais aussi les critères de son *devoir être*, son contenu »²³. En ce sens, ce courant répond davantage à la modernité, habitée par le scepticisme et le relativisme. Relativisme tendant à faire du juriste contemporain un « descripteur » du droit, raisonnant davantage dans le droit plutôt que de réfléchir sur le droit, bannissant tout jugement de valeur propre aux règles d'un autre temps, celles du droit naturel, pour lui préférer la topographie du droit tel qu'il est²⁴, distinguant comme le rappelle Noberto Bobbio le droit comme fait et le droit comme valeur, le droit réel et le droit idéal. Ne cherchant pas dans le monde extérieur la confirmation d'une représentation métaphysique préétablie, « c'est avec l'esprit vierge qu'il [le juriste *moderne*] aborde le spectacle du monde »²⁵. En ce sens, le droit positif gagne dans sa posture sociologique ce qu'il perd en normativité²⁶. Par ce biais cepen-

20. L. J. WINTGENS, *op. cit.*, note 13, p. 15.

21. H. LEFEBVRE, *Introduction à la modernité*, Paris, Les éditions de minuit, 1962, p. 226, « D'où une tendance générale à la lucidité cruelle, au cynisme... », poursuit l'auteur.

22. À cela s'ajoute l'idée qu'« aucune valeur n'est généralisable. Toutes les valeurs sont frappées de relativité historique et sociologique. Or la maxime de toute valeur, c'est de se vouloir universelle. Il y a là une illusion inhérente à l'évaluation, illusion vitale mais génératrice d'erreur. La valeur qui se veut et se dit tolérante renonce partiellement à son affirmation ; timide ou sceptique, elle décline », dans H. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 21, p. 217.

23. L. J. WINTGENS, *op. cit.*, note 13, p. 23.

24. Voir en ce sens C. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », (1959) 3 *Annales de Philosophie Politique*, 208.

dant, le positivisme est conduit inéluctablement sur la voie du formalisme.

Le droit positif comme outil d'objectivation des rapports sociaux.

18. Alors que l'ancienne société était holiste, « c'est-à-dire que le tout s'imposait aux parties – un tout dont le principe était intangible puisque le principe en était situé hors des prises humaines, dans l'ordre divin que l'ordre humain était censé refléter »²⁷, le droit positif naît d'un mouvement contraire, ascendant. Constatant les relations qui habitent la société moderne, il va tenter de les mettre en ordre. Mais orphelin, contrairement à son aîné le droit naturel, d'une paternité transcendante²⁸, le droit positif va devoir trouver son autorité et son bien-fondé, non plus dans un référent externe, constitué par « l'évidence », la « finalité » ou la rationalité empirique²⁹ chère à la conception téléologique, mais en lui. C'est dans ses sources formelles qu'il va la puiser³⁰. Le positivisme est souvent assimilé à un formalisme. Il est écrit, se veut prévisible et universel au sens où il s'impose à ceux qui l'établissent.

25. H. DE PAGE, *op. cit.* note 5, p. 34. On pourrait opposer à cette « pureté idéologique », le raisonnement de P. M. DUPUY : « Le positivisme comme idéologie, expression qui serait immédiatement récusée par bien des positivistes spontanés, croyant dur comme fer à la neutralité de leur position doctrinale, s'appuie quoi qu'il en ait sur certaines valeurs, dont la première est précisément celle d'attribuer une valeur positive, on pourrait dire objective, à la règle de droit à partir du moment où elle satisfait les critères nécessaires à l'affirmation de sa validité formelle », dans « L'unité de l'ordre international public. Cours général de droit international public », (2002) 297 *R. C.A.D.I.*, 28.

26. « En vérité, le droit positif, ne se définit pas comme un système de règles justes [...] ; juste ou injuste, il est le droit positif, en raison d'une donnée de fait, qui se constate et dont il n'y a qu'à prendre acte, comme d'une donnée sociale quelconque », dans C. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », *op. cit.*, note 24, 209.

27. J. M. DOMENACH, *Approches de la modernité*, Paris, Éd. Marketing, 1986, p. 17.

28. Au sens où Joseph de Maistre pose la question : « Si la loi ne possède pas une référence, une garantie extérieure à la communauté, d'où tiendra t-elle son autorité, sa stabilité ? Sans transcendance, peut-il exister une légitimité ? »

29. Voir notamment le Livre V « La Justice » de l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote, et la *Somme théologique* de Saint Thomas d'Aquin.

30. « Si bien que la légitimité de la norme juridique a cessé de recourir à un référent extérieur à elle : elle doit sans cesse être démontrée et ravivée. Elle se justifie par l'argumentation. Cette dernière remplace la tradition », dans D. MANAI, *op. cit.*, note 14, p. 181.

L'individu, nouvel étalon de toute connaissance positive.

19. Jürgen Habermas a posé le concept de « paradigme procédural du droit »³¹ pour désigner un droit centré sur le citoyen, un citoyen qui participe à la formation de l'opinion et de la volonté. Alors que les systèmes de valeurs traditionnelles présupposaient l'existence d'une collectivité comme source des obligations morales, la société moderne fait au contraire de la liberté individuelle et de l'égalité entre tous les individus ses principes fondateurs. C'est l'individu qui est considéré comme la pierre angulaire de l'ordre moral; il est source première des obligations³². Ainsi, « dans sa pureté théorique et dans la logique de la modernité, le droit moderne, à la différence de celui de la société traditionnelle [...], se caractérise par le centrage de la légitimité du droit autour de l'individu »³³.

20. À partir de ce nouveau référent autour duquel tout s'agence, le droit positif va avoir pour but d'objectiver les rapports que les individus tissent entre eux³⁴, non au sens d'une nouvelle forme de téléologie, mais davantage comme une fonction sociologique. Puisque les faits juridiques sont désormais concrets, ils exigent une science positive. En cela la prégnance des méthodes en sciences de la nature va se révéler déterminante. Le positivisme de Comte notamment s'appuie fondamentalement sur le progrès et le développement des sciences « dures ». L'effet de gravitation qu'elles exerceront sur les sciences humaines pousseront ces dernières, par mimétisme, à vouloir démontrer, objectivement, expérimentalement parlant, les axiomes, théorèmes et propositions de leurs domaines respectifs³⁵. La posture individualiste résulte de ce que c'est l'expérience et l'observation du sujet pensant qui ren-

31. J. HABERMAS, *Droit et démocratie entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 466.

32. Dans ce sens, voir D. MANAI, *op. cit.*, note 14, p. 186. Cette polarisation sur l'individu n'est, pour certains auteurs, qu'un leurre. Aussi, « loin d'être le droit voulu par les individus libres au sein d'une société contractuelle, le droit moderne apparaît bien plutôt, pour l'essentiel comme un droit hiérarchique, généré par un phénomène de pouvoir et élaboré par une technocratie politique, administrative et économique, et légitimé par des doctrines positivistes, normativistes ou décisionnistes », dans B. OPPETIT, *op. cit.*, note 10, p. 7.

33. B. OPPETIT, *op. cit.*, note 10, p. 6.

34. Comme le souligne J. M. DOMENACH, « La modernité, c'est d'abord l'individu qui, se dégageant de la totalité sociale, peut prendre la société comme champ d'observation », dans *Approches de la modernité*, *op. cit.*, note 27, p. 98.

dent la connaissance possible. Le concret se trouve ainsi appréhendé par le sensible.

21. Le positivisme juridique n'échappera pas à cette tendance de la modernité et tentera de rendre intelligibles, interprétables et analysables les comportements humains et les rapports sociaux³⁶. Fondamentalement formaliste, celui-ci rend la positivité du droit extérieure au juriste, qui n'a plus qu'à la constater. Cette appréhension de la réalité factuelle se retrouve dans la théorie de Hart et dans le travail de « découverte » de ce qu'est la norme de reconnaissance d'une société. Elle est, d'une part, à l'origine de la justification du système juridique, puisque c'est d'elle que la totalité des autres normes va trouver sa justification et sa validité. C'est un système de dérivation, d'étayage, qui préfigure la pyramide kelsenienne. D'autre part, il s'agit d'une norme que le juriste identifie en observant la pratique sociale. Ainsi, la norme fondamentale secondaire est de l'ordre du fait.

22. En ce sens, le positivisme juridique est une science ou encore une technique³⁷. C'est là sa première prétention. Aussi, comme le souligne Paul Amselek, «le théoricien du droit est un savant et doit se comporter comme tel ; son travail relève et ne doit relever que de la fonction de connaissance, comme dit Kelsen, et non pas de la fonction de volonté, à la différence des démarches de politique juridique »³⁸. La séparation de la théorie du droit et de la politique est l'une des prétentions fondamentales du positivisme juridique revendiquée le plus explicitement dans la *Théorie pure du droit de Hans Kelsen*³⁹. Le juriste ne peut commenter le phénomène juridique tel qu'il aimerait qu'il se présente mais seulement tel qu'il l'observe.

35. «À la base de toute méthode valable est l'observation, la soumission à l'objet. La connaissance précise de la matière précède toute construction logique», dans C. DE VISSCHER, «Méthode et système en droit international», (1973) 138 *R.C.A.D.I.*, 75.

36. Henri de Page parle ainsi du positivisme comme d'une « science expérimentale », « méthode de connaissance qui a pour principe essentiel de n'admettre comme vrai que ce qui a été "expérimenté", c'est-à-dire vérifié », dans H. DE PAGE, *op. cit.*, note 5, p. 33.

37. Ce qui fait dire à un internationaliste célèbre : « Le positivisme juridique garantit ensuite, dans des conditions qui nous paraissent favorables, de s'adresser en priorité à l'analyse technique de la norme juridique, ce qui correspond bien à la réalité du droit, discipline technique au service d'un projet social », dans P. M. DUPUY, *op. cit.*, note 25, p. 30.

38. P. AMSELEK, «Théorie du droit et politique», (1982) *Archives de Philosophie du droit*, 412.

23. Le droit positif est par définition un droit posé, distinct d'un droit supposé (naturel). Une règle est de droit justement parce qu'elle est issue de la volonté⁴⁰. Mais d'une volonté qui, avec la modernité, devra être investie des pouvoirs pour justement poser ce droit, tel le législatif et le judiciaire⁴¹.

L'État : nouvelle source de la normativité.

24. Le droit positif, détaché de tout lien avec la morale, ne s'attache plus pour se définir aux valeurs qu'il pourrait promouvoir ou contenir mais eu égard à son origine, aux acteurs et mécanismes de son élaboration. L'étude des sources matérielles du droit laisse alors la place à celle des sources formelles, seules dignes d'intérêt aux yeux des positivistes. Comme le rappelle Pierre Noreau, « depuis Kelsen, les principaux efforts consacrés par les théoriciens du droit ont-ils visé à distinguer "la science du droit" des autres modes de connaissance fondés sur l'étude de la normativité : la morale, les études politiques ou l'observation empirique des usages et des mœurs. La question de la nature juridique de la norme (de sa validité juridique) l'a graduellement emporté sur celle de sa valeur intrinsèque (de sa correspondance aux critères du juste) »⁴². Le droit positif construit son objet. Cet objet porte sur certaines institutions au détriment d'autres *ordres juridiques* suivant la dénomination issue de la tradition pluraliste, et connaît son paroxysme dans le positivisme légaliste qui postule que tout le droit peut être dégagé de la loi qui lui sert de principe justificatif.

39. «Une théorie pure du droit, par quoi j'entends une théorie exempte de toute idéologie politique... Mon but a été d'emblée d'élever la théorie du droit, qui consistait essentiellement en exposés plus ou moins camouflés de politique juridique, au rang d'une véritable science qui prendrait place à côté des autres sciences morales», tiré de la préface de l'édition allemande de 1934 de la *Théorie pure du droit*, traduction française d'Henri Thévenaz, Éd. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, dans P. AMSELEK, *op. cit.*, note 38, p. 412.

40. Comme le souligne SCARPELLI, «Être posé, pour un acte de volonté, signifie justement trouver son origine dans un acte de volonté», dans U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., 1996, p. 69.

41. Concernant la question de la légitimité des nouveaux pouvoirs dans la société moderne, Marcel Gauchet en donne une bonne formulation: «Comment ressaisir la puissance initialement déléguée aux dieux?», dans J. M. DOMENACH, *op. cit.*, note 27, p. 20.

42. P. NOREAU, «La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire», (2000) 19 *Politique et Sociétés* 156.

25. Le positivisme juridique est donc particulièrement adapté à la modernité quand il est qualifié « d'objectiviste » et davantage encore lorsqu'il est identifié à l'État⁴³. Cette conception du pouvoir central et souverain est elle-même née de la modernité. C'est cette relation État-droit qui est à la base du positivisme juridique comme *théorie* chez Noberto Bobbio⁴⁴.

26. En ce sens la notion de positivité s'entend comme ce qui est établie par l'autorité sociale compétente, et en particulier l'autorité étatique. Murlon au sein de l'École de l'Exégèse, tout comme Karl Bergbohm, attribueront cette compétence à un pouvoir ; le législateur, né d'une partition (la séparation des pouvoirs) propre à la Modernité.

27. Cependant, cette conception du positivisme est la plus fragilisée par des approches sociologiques sur le droit, qui tentent de faire de l'État un producteur de juridicité parmi d'autres. Sous cet angle, la « modernité contemporaine », ou la post-modernité, ébranle les fondations d'un positivisme nourri par un maître prépondérant : l'État.

Conclusion

28. Tandis que les Lumières permettaient à des « aveugles » – ignorants des principes universels, rendus manifestes par la raison, qui régissent les conduites humaines et fondent le droit naturel – de remplacer des « rêveurs » dupés par de tels songes jusnaturalistes⁴⁵, de nouveaux courants de pensée, de nouvelles philosophies, tel le postmodernisme, commencent aujourd'hui à éroder les postulats de la Modernité. Des théories juridiques

43. « C'est en effet la transcendance abstraite de l'État, sous le signe de la constitution, et le statut formel de l'individu, sous le signe de la propriété privée, qui définissent la structure politique de la modernité », dans J. BAUDRILLARD, « Modernité », *Encyclopædia Universalis*, 1989, p. 553.

44. Il s'agit d'un changement radical qui implique un nouveau rapport à la loi, un rapport qui s'inscrit dans le registre de l'autonomie, au sens où Paul Amselek l'entend, à savoir « le dédoublement fonctionnel de la même volonté qui assume à la fois le rôle de pilote ou conducteur et celui de commandant de bord adressant des consignes de route au pilote », et non plus dans celui de l'hétéronomie, « c'est-à-dire le partage des rôles de pilote et de commandant entre deux volontés différentes », dans P. AMSELEK, *Science et déterminisme, éthique et liberté. essai sur une fausse antinomie*, Paris, PUF, 1988, p. 118.

45. En ce sens, voir H. L. A. HART, *Le concept de droit*, (trad. Van de Kerchove), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 224.

récentes comme le pluralisme ou les *critical legal studies* attention à leur tour aux fondements du positivisme juridique. Et certains penseurs reviennent ainsi à l'idée qu'il n'est pas possible de comprendre le droit sans une lecture morale de celui-ci. Ce qui fait dire à Dworkin que « l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme apparaît comme une pièce de musée »⁴⁶.

29. En effet, si nous, les modernes, avons pour loi de nous donner notre propre loi, celle-ci n'a-t-elle pas la prétention de tendre vers davantage de justice sociale, de liberté et d'égalité ? Autant de valeurs qui supposent un accord « normatif » préalable sur ce qui doit être et qui soulignent la difficulté de penser un droit totalement autoréférentiel et débarrassé de toute transcendance.

Fabien Gouttefarde
24, rue des Moines
78000 Versailles, France
Tél. : + 06.03.09.97.94
fabien.goutte@wanadoo.fr

46. Tiré de L. J. WINTGENS, *op. cit.*, note 13, p. 9. On retiendra aussi la réflexion de R. KOLB : « L'idée du droit naturel est une idée éternelle car elle correspond à un besoin inextinguible de l'esprit et de l'âme humains. C'est que face à l'expérience sensible de ce monde, l'homme doit pouvoir se tourner vers une idée du juste sans avoir à irrémédiablement courber l'échine au fait accompli et à la contrainte des puissants. En cela le droit naturel a quelque chose de contestataire et d'apaisant à la fois. C'est le sens profond du drame d'Antigone. On peut proclamer la mort du droit naturel. Il reste toutefois avec nous et prépare son éternel retour dans les consciences », dans R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 45.