

Philosophiques

philosophiques

La philosophie du droit a-t-elle besoin d'une philosophie des droits ?

Alain Renaut et Lukas Sosoe : *Philosophie du droit*, Paris : Presses Universitaires de France, 1991, 484 p.

François Blais

Volume 21, numéro 1, printemps 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/027259ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/027259ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société de philosophie du Québec

ISSN

0316-2923 (imprimé)

1492-1391 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Blais, F. (1994). La philosophie du droit a-t-elle besoin d'une philosophie des droits ? / Alain Renaut et Lukas Sosoe : *Philosophie du droit*, Paris : Presses Universitaires de France, 1991, 484 p. *Philosophiques*, 21(1), 241–251.
<https://doi.org/10.7202/027259ar>

Tous droits réservés © Société de philosophie du Québec, 1994

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

LA PHILOSOPHIE DU DROIT A-T-ELLE BESOIN D'UNE PHILOSOPHIE DES DROITS ?

Alain Renaut et Lukas Sosoe : *Philosophie du droit*,
Paris : Presses Universitaires de France, 1991, 484 p.

par

François Blais

Dans la première partie de cette étude critique, je tenterai de faire une présentation sommaire de l'ouvrage de Renaut et Sosoe et des idées maîtresses qui y sont développées. Cela ne sera pas facile puisque l'ouvrage est volumineux et son économie générale ne se laisse pas deviner facilement. Dans la deuxième partie, je compte identifier les raisons pour lesquelles les auteurs ne réussissent pas, selon moi, à atteindre leurs deux principaux objectifs : (i) fournir une théorie naturaliste du droit (jusnaturaliste) en mesure d'offrir une alternative au positivisme juridique contemporain; et (ii) fournir une théorie du droit naturel (ou théorie des droits : *Rights*) qui, sans être moraliste, resterait toutefois indispensable à l'édification d'une théorie du droit (*Law*). La seule idée de vouloir défendre conjointement ces deux objectifs dénote à mes yeux une mauvaise compréhension de la nature même du positivisme juridique contemporain et de sa relation au jusnaturalisme. C'est du moins ce que je m'efforcerai de défendre dans la partie critique de mon étude.

I

L'ouvrage de Renaut et Sosoe se présente comme une vaste entreprise théorique vouée à reconstruire les bases d'une philosophie du droit échappant aux deux principaux écueils de la modernité que sont à leurs yeux l'historicisme et le positivisme¹. L'historicisme en matière juridique entraîne le relativisme des valeurs et la perte d'une transcendance, d'un point d'Archimède permettant de juger avec impartialité le droit positif. Pour sa part, le positivisme (juridique) est présenté comme une conséquence de l'historicisme; il constitue la négation d'une possible théorisation des droits de l'homme et, de

1. « [...] la pensabilité du concept de droit requiert au minimum l'évitement de ce qui dissout d'emblée ce concept, la philosophie du droit se trouve tenue aujourd'hui d'inscrire à son programme la tâche d'un double évitement : *évitement de l'historicisme, évitement du positivisme*. » (p. 81). Les lecteurs de Renaut reconnaîtront là des thèmes exploités dans des ouvrages antérieurs. Notons en particulier : *Philosophie politique*, t. III, Paris, P.U.F., 1985 (en collaboration avec Luc Ferry).

ce fait, engage la philosophie du droit vers un repli sur elle-même, l'obligeant à limiter de l'intérieur son objet d'étude à l'examen du droit positif et à abandonner toute discussion portant sur la nature d'un droit juste.

L'ambition des auteurs de *Philosophie du droit* est de se confronter à ces écueils de la modernité dans le but de montrer et de défendre la « pensabilité » et la nécessité d'une philosophie du droit qui n'aurait pas abandonné au relativisme ambiant le projet d'une théorie des droits fondamentaux. Le problème est d'ailleurs clairement soulevé dès le début de l'ouvrage dans une question qui sert à elle seule de programme : « y a-t-il une philosophie du droit qui puisse faire l'économie, aujourd'hui, de l'idée de droit naturel ? » (p. 17). La tâche est colossale, de l'aveu même des auteurs, mais elle leur apparaît nécessaire dans une période traversée par le scepticisme et le positivisme. L'itinéraire qu'ils suivront à partir de ce moment servira à établir (première section) qu'il existe aujourd'hui une demande pour un sujet de droit qui résiste à la fois aux décompositions « postmodernes » du sujet (Foucault, Deleuze, Ewald, Barret-Kriegel, p. 41-93) et à la critique radicale de la modernité (Strauss, Villey, Heidegger, Arendt et MacIntyre, p. 96-230). En effet, selon les auteurs, toutes ces critiques récentes du sujet de droit se réapproprient inévitablement le droit, consciemment ou non, par l'entremise d'un retour inacceptable à une position téléologique du monde (Aristote, p. 233-255) ou encore carrément théologique (Thomas d'Aquin, p. 257-273) que nous ne pouvons plus accepter aujourd'hui. Le sujet de droit que nous appréhendons de nos jours est essentiellement une création de la modernité et la tentation anti-moderne de penser le droit à l'extérieur de cette limite n'offre aucune alternative viable ou acceptable : « il convient de juger la modernité juridique, en prenant au mot le défi qu'elle s'est lancée, et non pas en la confrontant à d'autres exigences que les siennes, — exigences cosmologiques ou théologiques qui, dans un monde infini et dans un univers désenchanté, ont perdu l'essentiel de leur sens. » (p. 273).

Suite à ce qu'ils considèrent être un échec des philosophies récentes de « l'anti-modernité », Renaut et Sosoe conviennent de l'absolue nécessité aujourd'hui de se tourner résolument vers la modernité pour trouver une systématisation possible et viable du jusnaturalisme moderne. C'est l'objet de la deuxième section de *Philosophie du droit*. L'exercice requiert que l'on s'arrête en premier lieu sur une théorisation des droits de l'homme telle que ces droits ont été pensés par les Lumières. Les auteurs retiennent alors comme modèle de cette période le naturalisme du philosophe du XVIII^e siècle Christian Wolff (*Principes du droit de la nature et des gens*). La pensée de Wolff est particulièrement représentative des théories de la première tradition des droits de l'homme (tradition classique) qui remonte comme chacun sait à Grotius et Pufendorf. Une fois donc les principaux éléments de sa philosophie ainsi que son influence sur les penseurs de la Révolution Française discutés (p. 279-303), Renaut et Sosoe se tournent vers les différentes critiques « historicistes » de l'idéal de la déclaration des droits, critiques qui remontent principalement aux romantiques allemands comme Möser, Jacobi, Rehberg et Gertz (p. 305-335). Ces critiques du jusnaturalisme « classique », on doit le rappeler, représentent pour Renaut et Sosoe la première forme moderne de négation du droit. La deuxième forme se trouve à être le positivisme juridique dont les racines remontent au scientisme de Comte et Durkheim (p. 337-49) mais dont la systématisation dans

le domaine du droit se fait réellement avec Kelsen. Kelsen est, pour cette raison et à la suite des historicistes, pris aussi à partie par Renaut et Sosoe qui concluent, après un bref examen de sa doctrine du droit (p. 351-368), que malgré ses prétentions il n'aurait pas réussi « l'autonomisation » du droit qu'il convoitait dans sa *Théorie pure du droit* (c'est-à-dire une théorie du juridique qui fasse l'économie d'une référence à un principe normatif fondateur et universel). C'est à partir de cet échec présumé de l'entreprise kelsenienne, et à partir surtout de leur propre insatisfaction à l'égard des théories « classiques » du droit naturel, que Renaut et Sosoe décident de réinvestir une théorie critique du droit (criticisme juridique) qui ne saurait être cette fois tributaire des difficultés récurrentes des théories traditionnelles et qui réussirait par surcroît à éviter les écueils de la modernité que sont l'historicisme et le positivisme (p. 367-415). Cette deuxième section se termine donc sur un aperçu du criticisme juridique de Kant (369-387) et de Fichte (p. 389-415). Le criticisme juridique se distingue d'autres types de jusnaturalisme « classique » comme celui de Rousseau en ce qu'il ne tente pas de se doter d'une définition préalable de la nature humaine, définition qui pourrait éventuellement lui être contestée sur des bases empiriques ou historiques. Le criticisme échappe aussi à l'historicisme et au positivisme puisqu'il maintient l'obligation d'« une référence normative à un droit naturel conçu comme ce que l'État doit réaliser ». De plus, le criticisme de Kant et de Fichte récuse la tentation individualiste des jusnaturalistes qui, à la manière des philosophies de Wolff et de Rousseau, pensent le sujet de droit comme un être isolé, fondateur à lui seul d'un contrat originaire mythique. Enfin, ce qu'évoque le criticisme juridique n'est pas un contenu mais plutôt un critère, celui de l'universalité vers laquelle devrait tendre la justice; universalité à laquelle devrait se soumettre l'organisation politique. Chose surprenante, les auteurs n'ont aucun principe normatif particulier à défendre puisque tout principe jugé immuable devrait reposer sur une certaine conception de la nature humaine que le criticisme juridique récuse justement puisqu'elle nous entraîne, entre autres, vers un retour à la métaphysique jusnaturaliste :

Dans les limites de la simple raison, l'idée du droit naturel ou, ce qui revient au même, l'humanisme juridique ne charrient donc avec eux nul contenu requérant des investissements spéculativement régressifs : une fois séparée des illusions métaphysiques qui l'avaient accompagnée, l'idée du droit naturel, comme il en est de toute Idée après sa critique, devient une pratique ou une méthode, – celle-là même de l'argumentation (p. 415).

C'est sur cette idée fort programmatique d'une argumentation rationnelle possible sur les valeurs qui devraient régir nos vies que cette section se termine.

La troisième et dernière section de l'ouvrage est la moins volumineuse (62 pages). Les auteurs commentent le « retour à Kant » qu'ils croient déceler dans le contexte de la « philosophie continentale » (par l'entremise de Apel et d'Habermas, p. 421-440) mais aussi dans le contexte de la philosophie politique anglo-américaine (en particulier dans l'œuvre de J. Rawls : *Théorie de la justice*, p. 441-479). Malgré toutes les différences que l'on se doit de reconnaître dans ces entreprises, Renaut et Sosoe n'en pensent pas moins que celles-ci se rejoignent dans leur volonté de formuler une théorisation de la subjectivité dans

le droit qui prolongerait la conception de l'intersubjectivité du projet criticiste chez Kant et Fichte. Les auteurs concluent qu'il existe chez Rawls peut-être plus qu'ailleurs, une tentative de recomposition du sujet de droit : « Rawls confie le choix des principes ultimes du droit (égalité, différence) à un sujet qui – voilé d'ignorance aidant – n'est en définitive rien d'autre que le sujet moral lui-même, comme raison pratique ou, ce qui revient au même, comme autonomie. » (p. 475-476).

II

Les premières pages de *Philosophie du droit* s'ouvrent sur le problème d'une définition de la philosophie du droit (p. 13-18). Dès le départ les auteurs rejettent la distinction, à leurs yeux fallacieuse, entre philosophie du droit et théorie générale du droit (*jurisprudence*) puisque cette terminologie implique une présupposition méthodologique inacceptable à leurs yeux et qui viserait à reléguer la philosophie du droit à la sphère normative et à la « métaphysique des droits naturels », laissant alors le champ libre à une théorie du droit strictement positive qui n'aurait plus d'intérêt que pour l'explication des phénomènes juridiques, philosophie qui aurait abandonné l'espoir d'établir les fondements moraux du droit². Pour cette raison, les auteurs croient nécessaire et urgent de rejeter le positivisme juridique, principale source philosophique de la distinction entre philosophie du droit et théorie générale du droit. Mais le problème en est tout d'abord un de définition : qu'entendent au juste les auteurs par l'expression « positivisme juridique » ? Un examen rapide démontre que leur usage est pour le moins flottant. Il s'agit tantôt d'un relativisme moral, tantôt d'un scepticisme à l'égard de la possibilité de voir fonder le droit naturel, dans certains cas d'un scientisme naïf, parfois d'une attitude cynique à l'égard de ceux qui cherchent à améliorer la loi et les institutions, etc. On reconnaît, je l'espère, que ces conceptions ne sont pas équivalentes (existe-t-il encore à l'extérieur de la doctrine des droits d'autres possibilités de fonder la moralité ?) et qu'elles entretiennent une image fausse, dénaturée quand ce n'est pas méprisante de ce qui reste une des grandes doctrines du droit : le positivisme juridique. Il est donc important de rétablir les faits dès le départ avant d'avancer plus loin dans la lecture de *Philosophie du droit*.

Le positivisme juridique est une doctrine du droit qui affirme essentiellement qu'entre le droit positif et la moralité, il n'existe qu'un *rapport contingent*. Non pas que moralité et droit n'entretiennent aucun lien et qu'ils ne s'influencent mutuellement (ce qui serait contre-intuitif et absurde), mais que ce lien n'est pas *conceptuel* ni *interne* puisque je ne peux jamais refuser de reconnaître la validité d'un droit positif sur la simple base que ce droit m'apparaît (ou est) immoral. En défendant un tel point de vue le positivisme

2. « [...] la revendication d'une attention exclusive pour la réalité positive du droit participe de la conviction qu'il ne saurait y avoir sur l'idéal du droit, sur le juste en soi et, plus généralement, sur les questions de valeur, de discours qui puisse prétendre à la vérité, ou du moins au même type de vérité que le discours sur les faits, sur la positivité » (p. 84).

juridique ne soutient pas l'idée, tout à fait distincte, que les questions relatives au critère du juste droit sont sans importance ou insolubles, ce que lui reprochent pourtant Renaut et Sosoe³. Le positivisme affirme simplement que ce qui relève d'une théorie cognitive du droit (*Law*) et ce qui relève d'une théorie normative des droits (*Rights*) dépendent de théorisations distinctes et qui méritent pour des raisons méthodologiques évidentes d'être maintenues dans leur distinction.

Je ne souhaite pas ici prendre expressément la défense du positivisme juridique⁴. Je m'en tiendrai à rétablir les faits et à évaluer la défense du naturalisme juridique proposé par les auteurs. Les discussions philosophiques autour du débat opposant jusnaturalisme et positivisme se sont ces dernières années grandement complexifiées. Cela est dû à l'éclosion de toute une nouvelle génération de théories dites « naturalistes » du droit, comme celles de L. Fuller⁵, J. Finnis⁶, R. Dworkin⁷, D. Richards⁸ et L. Weinreb⁹. Il est donc d'autant plus impératif pour Renaut et Sosoe, s'ils veulent s'engager à leur tour dans cette voie d'une reconstruction du naturalisme juridique, de partir de définitions claires et philosophiquement constructives : on évitera alors les batailles de mots et les remarques stériles.

Je constate pour ma part que les auteurs de *Philosophie du droit* saisissent et acceptent l'arrière-plan philosophique du positivisme juridique contemporain, c'est-à-dire le principe voulant que l'on sépare méthodologiquement les discussions portant sur *ce qui est* et celles portant sur *ce qui devrait être*, mais ils refusent étrangement de l'assumer quand il est question du droit et du positivisme juridique en particulier. La philosophie française (ou de langue française), on ne m'en voudra pas trop de le rappeler, a consacré depuis des années la plus grande part de ses énergies à l'histoire de la philosophie du droit et on doit admettre qu'elle accuse aujourd'hui un certain retard sur la philosophie anglo-saxonne de type « analytique » quand il est question d'éclairer certaines perplexités plus contemporaines de la philosophie du droit, comme cela est le cas dans les débats opposant positivistes et naturalistes. Alors que chez les Américains et les Anglais, on retrouve aujourd'hui une imposante documentation sur le sujet, documentation qui n'est pas même signalée au passage par

3. Cf. p. 31 : « Depuis L. Strauss, nous nous sommes accoutumés à repérer deux négations majeures, à savoir l'historicisme (l'historicisation de l'universel, donc la réduction du droit à l'histoire) et le positivisme (le refus de considérer la position d'une norme méta-positive du droit autrement que comme une décision arbitraire, donc la réduction du juridique au seul champ du droit positif) ». Je souligne.

4. Je l'ai fait par ailleurs dans un article récent : « Avortement, éthique sociale et positivisme juridique », *Philosophiques*, 28, 2, 1991, p. 65-80.

5. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

6. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

7. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986 et aussi « "Natural Law" Revisited », *University of Florida Law Review*, 34, 1982, p. 165-88.

8. David A. J. Richards, *The Moral Criticism of Law*, Encino, Californy, Dickenson, 1977.

9. Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.

Renaut et Sosoe, ce qui est pour le moins paradoxal pour un ouvrage qui prétend vouloir établir des ponts entre les deux traditions philosophiques¹⁰, la philosophie française, quant à elle, et de nombreuses citations et références en font la triste démonstration dans l'ouvrage de Renaut et Sosoe, commence à peine à lever le voile sur les enjeux réels de ce débat¹¹. Le simple fait par exemple de s'attarder à la philosophie « positiviste radicale » de F. Ewald (p. 56-68) est un signal pour tout lecteur avisé de ces problèmes que dans *Philosophie du droit*, le problème du positivisme juridique et ses rapports avec une théorie normative des droits n'est pas et ne sera pas posé. Répliquer à F. Ewald, quoi qu'en pensent les auteurs, n'est pas répliquer à la doctrine du positivisme juridique (en autant bien sûr que ceux-ci acceptent le principe voulant qu'en philosophie, avant de démolir une thèse, on s'applique à en formuler la version la plus forte et le plus cohérente).

Bien sûr, une fois mises de côté les accusations gratuites de relativisme moral et de scientisme¹², il est encore possible de vouloir défendre une thèse jusnaturaliste comme c'est l'objet de ce livre de le faire, mais il faut alors la défendre sur une base simple et, je crois, aujourd'hui incontournable : c'est-à-dire *montrer que le rapport droit-moralité n'est pas contingent* et, dans le cas précis de cet ouvrage, *montrer que la compréhension du concept de droit (Law) exige la formulation d'une quelconque théorie des droits (Rights)*. Mais cela, Renaut et Sosoe ne le font pas. En fait, le problème de leur ouvrage est double : (i) leur condamnation du positivisme juridique n'est pas du tout convaincante et (ii) leur conception du droit comme criticisme juridique ne constitue pas une théorie cognitive du droit (*Law*) mais une théorie normative du droit naturel (*Rights*) qui joue sur une équivoque (son anti-moralisme) pour tenter de marquer des points contre le positivisme juridique. Je terminerai cette critique en montrant que la position jusnaturaliste défendue par les auteurs n'est ni acceptable, ni éclairante. C'est pourquoi nous devrions la rejeter. Mais, tout d'abord, un mot sur leur critique du positivisme juridique.

I. La condamnation du positivisme

On retrouvera pour l'essentiel les arguments de Renaut et Sosoe à l'encontre du positivisme juridique aux pages 351-365. Dans cette brève section, les deux philosophes s'en prennent à Kelsen qui n'est peut-être pas, ils le reconnaîtront, celui dont la pensée représente la philosophie la plus achevée

10. Il n'est à peu près pas fait mention de Hart dans cet ouvrage, ni de J. Raz, R. Dworkin, L. Fuller, J. Finnis, etc. En fait, on retrouve en index plus de références à G. Deleuze (!) qu'à tous les grands auteurs contemporains et importants de la philosophie du droit de langue anglaise réunis.

11. Les auteurs recourent à une citation choc de M. Villey où ce dernier déclare que Kelsen, par sa philosophie positiviste du droit, aurait mis « les juristes allemands au service de l'ordre hitlérien » (p. 338 n. 1). Mais quand on connaît justement les fortes convictions démocratiques de Kelsen, on doit conclure que M. Villey, malgré tout ce qu'il a représenté en France, n'a jamais rien compris à ces problèmes, trop occupé qu'il était à dénigrer sans discernement la philosophie contemporaine.

12. Kelsen et Hart n'étaient certainement pas des empiristes. Cela les auteurs semblent le reconnaître, du moins pour Kelsen (cf. p. 347-349).

sur ces questions (rappelons seulement que Kelsen défend une doctrine impérativiste du droit qu'il a emprunté dans une certaine mesure à Bentham et Austin, théorie impérativiste du droit qui a été, je crois, suffisamment critiquée pour mériter aujourd'hui d'être abandonnée)¹³. Essentiellement, leur démonstration tient en deux points. Tout d'abord, ils évoquent une idée mille fois entendue et autant de fois réfutée qui ne mériterait même plus la réplique tant le simple fait d'en faire encore usage frôle la démagogie : le positivisme juridique servirait de caution aux pires monstruosité juridiques, au totalitarisme même, puisqu'il ne favorise pas l'élaboration de critères permettant de distinguer le bon droit du mauvais droit¹⁴. Fort heureusement, les auteurs ne s'attardent pas trop à ce type d'argument qui n'en est pas un. Ils conçoivent que le projet kelsenien de formuler les principes d'une science positive du droit (et non pas une science *empirique* du droit) n'a rien à voir avec une quelconque forme de cynisme et de laisser-faire politique. Ce que cherche Kelsen et le positivisme en général est d'établir une base descriptive neutre (cognitive) à partir de laquelle on peut nommer le droit. Il ne s'agit en aucun cas de privilégier un type particulier de règles juridiques, justes ou non. Les préoccupations épistémologiques de Kelsen ne disposent aucunement d'arguments moraux ou politiques. Le positivisme juridique est une doctrine du droit strictement autonome d'une philosophie morale¹⁵.

Mais Renaut et Sosoe s'efforcent tout de même de dénoncer les conséquences de ce présupposé méthodologique en remettant en question la théorie politique (normative) de Kelsen qui, comme on sait, fut un critique du droit naturel. Il n'y avait qu'un pas à faire et les auteurs n'ont pas hésité ; ils considèrent maintenant un élément de la théorie normative de Kelsen (sa critique du droit naturel) comme une conséquence de sa théorie cognitive du droit (son positivisme méthodologique)¹⁶. Un tel raisonnement n'est pas acceptable : la critique du droit naturel (*Rights*) est une chose, la défense du positivisme juridique en est une autre. Il faut reconnaître à la manière des auteurs que plusieurs positivistes, Bentham en est le plus célèbre exemple, furent aussi d'ardents opposants à l'idée de l'existence de droits « antérieurs à l'État ». Mais cela ne nous permet pas de conclure pour autant, comme le font par ailleurs Renaut et Sosoe, que la critique du droit naturel est une condition (logique) de la réalisation du positivisme, ce qui n'est pas le cas, ni philosophiquement, ni historiquement. Renaut et Sosoe n'en sont-ils pas les meilleurs exemples eux qui, tout en revendiquant une position naturaliste du droit dans leur ouvrage, reconnaissent la pertinence des critiques faites à l'endroit des théories

13. J'accepte cependant que Kelsen soit à lui seul un bien meilleur représentant du positivisme juridique que ne pourront jamais l'être un M. Foucault ou un F. Ewald.

14. Cf. plus haut la déclaration de M. Villey (note 11).

15. Cf. H. L. A. Hart (*The Concept of Law*) ou N. MacCormick (*An Institutional Approach of Law*), encore D. Black (*The Behavior of Law*) ou, pour remonter plus loin, J. Bentham (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*).

16. « Bref, c'est le projet même de la « théorie pure du droit » qui, incluant en lui l'exigence d'une rigoureuse délimitation du champ de la science du droit, impose, à cet égard aussi, une critique de la tradition naturelle » (p. 359).

« classiques » du droit naturel. Comment pourraient-ils alors reprocher à Bentham, Austin ou Hart de s'être interrogés sur la nature des droits fondamentaux ?

Philosophiquement, il n'y a pas de motifs pour effectuer un tel rapprochement entre le positivisme et le relativisme et même s'il en existait un seul, on aurait encore à se demander en définitive en quoi cela peut-il servir d'argument à l'encontre du positivisme. On ne met pas en échec une théorie sur la seule base que ses conséquences ne nous plaisent pas. Renaut et Sosoe doivent donc chercher ailleurs.

Le deuxième argument que les auteurs proposent à l'encontre du positivisme juridique concerne « l'autonomisation » du droit que le positivisme (comprendre Kelsen) n'aurait pas réussi. L'argument est en apparence simple : les règles juridiques renvoient à une législature qui tire sa légalité d'une norme fondamentale (ou norme constituante dans la théorie kelsenienne). Tout système étant ouvert, cette norme fondamentale demande à être déterminée par autre chose qu'un droit positif puisque celui-ci tient sa juridicité justement de cette norme première :

Tout le problème est cependant de déterminer si, à ce niveau, ne se trouvent pas réintroduites dans l'édifice kelsenien d'étroites relations, niées par toute la démarche, entre droit et morale d'une part, droit et nature (ou histoire) d'autre part. Car l'état social projeté est au fond un projet politique et, par conséquent, si au fondement d'un système juridique se trouve placé un projet politique, l'obligation juridique risque fort d'apparaître comme *l'instrument dont se sert le désir d'un état social pour se réaliser efficacement*¹⁷ (p. 363).

Ce type d'interrogation avait été soulevé par Fuller dans son célèbre débat avec Hart¹⁸. Il s'agissait pour Fuller, qui défendait alors une position fortement remaniée du naturalisme juridique traditionnel, d'expliquer l'origine de la force et l'efficacité de l'obligation juridique par le caractère moralement fondé et partagé du droit pris dans son ensemble. Hart à ce moment avait répliqué que, dans une perspective positiviste, l'efficacité du droit et de l'obligation juridique pouvait dépendre de nombreux facteurs encore une fois *contingents*. L'existence *historique* de normes fondamentales en fait partie mais il y a aussi l'effet de la tradition, de la culture politique, de l'éducation des membres de la société, etc. Cela dit, en aucun cas, et c'est là le cœur de la thèse positiviste, il ne semble acceptable d'exiger qu'une théorie du droit, pour être « autonome », justifie le contenu de la norme fondamentale, de la constituante d'une société particulière. Les auteurs de *Philosophie du droit* endossent eux-mêmes ce principe positiviste :

Certes, la considération de la valeur de l'état social désiré par les constituants reste extérieure à la science du droit : du moins cette science ne peut-elle que supposer chez les constituants le projet d'un tel état social et chez les citoyens la reconnaissance du bien-fondé de ce projet.

17. Ce sont les auteurs qui soulignent.

18. Pour un compte rendu détaillé de ce débat Fuller-Hart, on lira : Michael Martin, *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart: A Critical Appraisal*, Temple University Press, p. 209-237.

Mais plus loin, ils répliquent :

Tout le problème est cependant de déterminer si, à ce niveau, ne se trouvent pas réintroduites dans l'édifice kelsenien d'étroites relations, niées par toute la démarche, entre droit et morale d'une part, droit et nature (ou histoire) d'autre part (p. 362-363).

Renaut et Sosoe ont raison de souligner l'existence de « relations » entre droit et morale, mais il reste à convenir si de telles « relations » devraient être élucidées par une doctrine du droit ou, pour prendre un exemple, par une sociologie du droit. L'argument de Renaut et Sosoe se transforme à ce moment-là dans l'idée qu'il existe entre le droit et la moralité une *convergence* qui ne peut être élucidée que par une théorie naturaliste du droit. Mais cela est poser le problème à l'envers. L'idée d'une convergence nécessaire entre droit et moralité était aussi le point d'ancrage de l'approche naturaliste défendue par L. Fuller dans *The Morality of Law*. Mais, comme l'a suffisamment montré L. Weinreb dans son ouvrage consacré à l'évolution de la tradition jusnaturaliste¹⁹, pour en faire une thèse contre le positivisme, Fuller aurait dû pouvoir établir que ce rapport était *immanent* au droit et qu'il déterminait donc invariablement son contenu, ce qu'il a reconnu ne pouvoir faire. L'idée d'une nécessaire convergence entre le droit positif et la moralité particulière d'une société possède une très grande force d'attraction parce qu'elle reflète, confusément certes, des intuitions dont nous ne pouvons nous départir facilement. Mais jusqu'à preuve du contraire, rien n'empêche que cette convergence soit contingente et si tel est le cas, son élucidation éventuelle ne fournirait certainement pas les éléments d'une véritable théorie du droit, en vient à conclure Weinreb. Au fond, tout le problème est de savoir ce qu'entendaient initialement Renaut et Sosoe par « autonomisation » du droit. Leur critère ne peut tout de même pas exiger que droit et moralité n'entretiennent plus aucun rapport; une telle condition serait inacceptable pour les deux camps en présence. Les auteurs en conviennent plus loin dans leur propre défense du criticisme juridique :

Car il faut bien distinguer avec soin, en l'occurrence, deux ordres de problèmes – et ce aussi bien chez Kant que chez Rawls. Le premier niveau concerne la genèse *réelle* du droit : sauf à s'exposer à des conséquences inquiétantes, force est, sur ce terrain, de supposer méthodiquement que le droit peut advenir (= que la légalité peut régner) sans qu'il soit besoin pour cela de sujets moraux ou (ce qui est pire) moralisés, *dans l'ordre de la genèse réelle, la distinction du droit et de la morale reste donc un acquis inébranlable dont le criticisme classique avait bien su mettre en évidence l'importance*²⁰ (p. 477).

Une théorie qui vise l'autonomisation du droit n'a probablement pas besoin de plus. Renaut et Sosoe se montrent ainsi plus positivistes qu'ils ne le croient. Il reste à voir maintenant si la théorie criticiste du droit qu'ils défendent est en mesure de renverser cette tendance.

19. *Op. cit.*, cf. en particulier les pages 103 à 108.

20. Je souligne la dernière phrase.

II. Le criticisme juridique : comme théorie du droit (*Law*) ou comme théorie des droits (*Rights*) ?

Les auteurs de *Philosophie du droit* défendent une position philosophique, le criticisme juridique, qui n'est rien d'autre, selon moi, qu'une théorie normative du droit naturel (*Rights*) mais que l'on voudrait faire passer pour une théorie naturaliste du droit (*Law*). Ils jouent pour cette raison sur deux tableaux à la fois. J'ai la conviction pour ma part que dès que l'on endosse la séparation conceptuelle entre être et devoir-être, ce que font les auteurs, une telle option devient difficilement soutenable, comme le montrent d'ailleurs les tentatives contemporaines allant dans ce sens²¹. La stratégie de Renaut et Sosoe dans *Philosophie du droit* est d'autant plus difficile à saisir qu'à la suite de Fichte, tous deux refusent « le piège du moralisme », c'est-à-dire la tentation de raccorder au droit des règles du juste qui le délimiterait : « [...] le criticisme juridique ne saurait être un moralisme. » (p. 409). Mais ils continuent pourtant à revendiquer l'édification d'une théorie des droits qui pourrait éclairer (cognitivement ou normativement ?) une théorie du droit. Mon opinion à ce sujet est qu'à aucun moment Renaut et Sosoe ne se donnent les moyens de réaliser cet objectif, et cela pour deux raisons. Premièrement, le lecteur de *Philosophie du droit* sera étonné de ne pas y retrouver la défense d'une théorie substantielle des droits fondamentaux. Le criticisme juridique ne défend aucun contenu de droit ou aucun principe particulier ; il se contente d'en appeler à l'exigence d'un « moment d'universalité » qui constituerait l'idéal de la juridicité. On est encore loin d'une théorie des droits fondamentaux, du moins de ce que l'on croit légitime d'attendre d'une telle théorie. Le recours à Rawls en fin d'ouvrage n'y change rien. Non pas parce que la théorie « solidariste » des droits de Rawls n'est pas intéressante en soi, mais tout simplement parce que son utilisation précipitée et le rapprochement que l'on tente d'établir entre la philosophie de Apel et celle de Habermas demeurera un exercice peu convaincant pour plusieurs. Le rapport qu'entretiennent la philosophie de Rawls et la philosophie morale de Kant est ténu et il faut garder en mémoire que l'essentiel de l'entreprise de Rawls a été de montrer qu'il nous était possible de nous entendre sur des principes moraux substantiels qui seraient une réponse à la fois aux conceptions métaphysiques des théories antérieures et à l'intuitionnisme. C'est tout le contraire du criticisme juridique défendu par les auteurs.

Finalement, admettons que les auteurs de *Philosophie du droit* aient été intéressés et auraient même réussi à établir les fondements d'une théorie substantielle des droits fondamentaux incluant certains principes clairs et applicables, il resterait encore à se demander comment le droit (*Law*) pourrait être affecté par la validité de tels droits « objectifs » (*Rights*). Il faut à ce moment éviter une méprise courante. Cela serait commettre une grave erreur d'affirmer que l'existence et la reconnaissance de tels droits « objectifs » puissent automatiquement avoir une influence sur notre conception du droit (*Law*). Car les règles de droit qui, suivant ces principes du droit naturel, seraient

21. Cf. les conclusions de Weinreb, *op. cit.*, 124-126.

trouvées « injustes », resteraient tout de même, jusqu'à preuve du contraire, des règles du droit positif. La seule différence étant que nous puissions maintenant « démontrer » leur injustice. Nous aurions alors une nouvelle plateforme normative qui éventuellement jouerait en faveur de leur abolition. Mais il serait faux d'assumer qu'une telle théorie des droits fondamentaux en arrive à modifier *de l'intérieur* notre connaissance du droit positif. Cela va à l'encontre de tout sens commun. Renaut et Sosoe présument bien entendu *l'existence* de cette détermination du cognitif par le normatif tout au long de *Philosophie du droit*. Il s'agirait maintenant de le démontrer.

Département de science politique
Université Laval