

« LES DIFFÉRENTES ÉCOLES EN THÉORIE DU DROIT.  
PEUT-ON SURMONTER LA DISTINCTION ENTRE JUSNATURALISME ET  
POSITIVISME ? »

Pierre BRUNET,  
Prof. Univ. Paris Ouest Nanterre la Défense (Paris X)  
Lyon, 7 novembre 2008

Théorie du droit : outil intellectuel utile pour répondre aux questions pratiques.  
Théorie du droit : une activité répandue chez les juristes.

Sous-titre : rompre avec une présentation statique qui n'aurait pas de sens. Il faut interroger les positions théoriques, car il faut avoir une certaine conception du droit.

Une distinction insurmontable et il n'y a pas de raisons de le faire. Il n'est utile de la surmonter.

**3 remarques d'ordre méthodologiques :**

1/ Théorie du droit animée par une question : comment définir le droit ? L'opposition entre jusnaturalisme et positivisme porte sur cette question de la définition du droit.

→ d'où l'idée qu'il faut une brève théorie des définitions :

a. **Définition lexicale** : définition par le sens des mots. Une définition descriptive qui peut être dite vraie ou fautive au regard de l'emploi du vocabulaire. Une sorte de définition qui peut ne pas être utile.

**Ex.** le droit est un système de normes.

b. **Définition réelle** : des définitions qui visent à saisir l'essence d'un objet (matériel ou intellectuel). Des définitions nombreuses.

**Ex.** le droit est un ensemble de règles assorties de sanctions.

Des définitions trompeuses : défendre une telle définition nécessite un engagement ontologique car cela postule une existence objective des objets.

**Ex.** la définition du centaure → une telle définition croit être réelle mais en fait elle exprime le sens d'un mot dans une langue. Définition ne renvoie donc à aucune existence objective.

→ Une illusion. Pas de définition du droit sans mobiliser une théorie du droit.

c. **Définition stipulative** : définition purement conventionnelle utilisée uniquement en vue de la recherche que l'on entend mener.

→ un type de définition couramment utilisé par les théoriciens du droit.

**Ex.** KELSEN.

Face à un objet, deux attitudes :

- Attitude essentialiste
- Attitude non essentialiste qui pense que les définitions sont des conventions de langage.

2/ Difficile de faire de la théorie sans s'intéresser au langage. Difficulté de concevoir le droit sans langage.

D'où la distinction de la philosophie analytique :

- Langage objet
- Métalangage.

⇒ Différents niveaux de langage.

Le droit est un langage qui va être décrit par un autre langage.

Discours de la théorie du droit est toujours au niveau du métalangage et décrit le droit comme langage-objet.

Possible que le théoricien du droit passe du métalangage vers le langage objet.

Distinction des modalités de langage :

- Modalités prescriptives
- Modalités descriptives.

→ Peut-on les séparer ou est-ce une distinction faible ou trompeuse selon l'idée qu'il n'y a pas de définition qui ne soit pas une interprétation.

Une distinction qui reprend la distinction entre les faits et les valeurs.

⇒ Un point qui différencie les types de théorie.

**3/** Distinction entre le droit et la science du droit :

Pour Kelsen, le droit est une science qui décrit un objet distinct d'elle.

D'autres juristes pensent que le droit n'est pas une science, mais une pratique sociale (**ex.** DWORKIN).

## 1. JUSNATURALISME

École du droit naturel. On pense souvent qu'elle est historiquement déterminée.

### 1.1. Une distinction classique

#### 1) Jusnaturalisme classique

Une appréhension du droit par les grecs et les romains.

Texte de référence : *Ethique à Nicomaque* d'ARISTOTE.

Une façon de voir le droit non comme une science mais comme un art qui permet d'accéder à la justice.

→ Droit intimement lié à la justice. On ne peut identifier des règles de droit que si elles sont subordonnées à la justice.

Grecs et romains considèrent que le droit est fait par des individus. Il existe des institutions humaines pour poser des règles. Néanmoins, ce droit est toujours susceptible d'être démenti comme étant du droit si on ne parvient pas à l'identifier à des règles de justice, des règles idéales réglant la vie des hommes.

Lire Paul VEYNE sur Rome et la Grèce antique (pour comprendre la conception juridique des grecs et des romains). → pour eux, le monde n'est pas régi par des règles scientifiques. Cf. les Dieux chez les grecs et les romains. Pas d'idée que l'on puisse vérifier la vérité d'un énoncé par l'expérience. Pas de conception empiriste de la science.

⇒ Connexion conceptuelle entre le droit et le juste.

Difficulté de penser le droit comme un objet de connaissance indépendant de ceux qui le produisent.

Le droit est ce que l'on fait. Droit est un art, toujours dominé par des règles de justice pensées comme des règles naturelles.

Un droit naturel intégré au catholicisme. ST THOMAS D'AQUIN.

Quelque chose qui ne change pas l'appréhension du droit. Au Moyen-âge, droit soumis à des règles de justice. Une règle n'est juridique que si elle est juste.

→ Une conception que l'on retrouve dans la philosophie politique, mobilisée vers l'affirmation d'un *politéia*.

#### 2) Jusnaturalisme moderne

Distinction chronologique entre jusnaturalisme et modernité vers le XVI<sup>e</sup> siècle et la renaissance.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, est érigé en dogme : le rationalisme. Les hommes sont dominés et guidés par la raison.

**Ex.** G. BRUNO.

Voir chez E. CASSIRER le rôle de Galilée dans la pensée juridique et politique. Galilée rompt car il prouve, il démontre.

Dès lors, les lois naturelles deviennent des lois de raison.

Distinction entre le droit naturel et le droit civil : droit naturel est un ensemble de règles posées par la raison. Cela aboutit à la distinction entre état de nature et état civil. Une opposition comprise ainsi : état civil est censé prolonger, se conformer à l'état de nature.

Cf. LOCKE : État de nature est un état plutôt agréable, un état de paix, de bonheur. Pour éviter quelques petites difficultés (la vengeance par ex.) justifie que l'on érige un état civil.

État civil n'est un état juridique que s'il est conforme à l'état de nature.

Un philosophe parmi a une position singulière : Thomas HOBBS au début du XVII. *Léviathan et De Cive*. Pour HOBBS, l'état de nature ne doit pas être prolongé car pour lui, c'est un état épouvantable, où règne une guerre des hommes les uns contre les autres. Car les hommes sont vaniteux, ils ont envie de dominer.

État de nature : un état de guerre qu'il faut quitter. D'où la nécessité d'un état civil qui libère les individus. Les lois et les juges simplifieront les choses. Les hommes doivent s'en remettre au droit civil.

Droit naturel guide vers le droit civil. Une position singulière car pas d'évaluation du droit civil au regard du droit naturel. Rupture fondamentale.

→ HOBBS témoigne qu'il n'y a aucune différence du point de vue conceptuel entre droit naturel classique et moderne.

Dans la conception du jusnaturalisme, n'est droit que ce qui est conforme à la justice (perçue comme une quelque chose qui existe).

## 1.2. Examen critique de cette distinction

### 1) Jusnaturalisme et sophisme naturaliste

Jusnaturalisme : un mode d'appréhension du droit. Un mode de raisonnement caractérisé comme un « sophisme naturaliste ».

« Sophisme naturaliste » : de ce que les hommes sont d'une certaine façon naturellement, on croit pouvoir déduire des institutions faites pour ces hommes.

De la description d'un fait, on croit pouvoir tirer une norme (donc une prescription).

⇒ Une conception toujours marquée par le passage de la description à la prescription.

**Ex.** HOBBS. État de nature est un état de guerre. **Donc**, il faut passer à l'état civil.

Une argumentation logiquement irrecevable car on ne déduit pas le droit du fait.

### 2) Le jusnaturalisme : une doctrine morale ou une théorie de la morale ?

Une conception biaisée car elle repose sur des valeurs. HOBBS ne décrit rien d'objectif. Raisonnement de HOBBS est un ensemble de prescriptions.

→ La loi naturelle est avant tout une prescription, pas une vérité de la raison.

Jusnaturalisme est un mode de légitimation, un mode de justification de la norme.

Un mode de raisonnement qui ne disparaîtra jamais.

Jusnaturalisme : une conception du droit qui admet qu'il existe des vérités morales inscrites dans la nature. Un mode de pensée qui repose sur une *définition persuasive*.

→ Rien ne sert de rattacher le Jusnaturalisme à un auteur. Il s'agit d'une démarche intellectuelle.

## 2. « POSITIVISME »

Quelque chose de compliqué qui groupe des courants très différents. Un terme utilisé à toutes les sauces. Une constante : un terme qui apparaît au XIX<sup>e</sup> siècle car un siècle qui voit se diffuser des idéaux de science.

En droit, ce terme désigne trois positions théoriques différentes :

### 2.1. Comme théorie du droit

Un ensemble de thèses :

- Droit est un ensemble de règles obligatoires indépendamment de la morale. Séparation droit/morale.
- Le droit se réduit à la loi ; la loi est la source essentielle du droit. Hostilité à la coutume, parfois au contrat ; la loi est un acte du législateur.
- Droit est un système clos, c'est-à-dire complet et cohérent. De ces deux caractères, on peut déduire mécaniquement de l'agencement même du droit des décisions justes.  
Interprétation du juge est un acte de connaissance.

**Ex.** École de l'exégèse et le *Code civil*.

Une conception liée à la construction de l'État moderne.

**Ex.** Jeremy BENTHAM : loi est un acte de commandement, un acte de coercition. Pas un acte déclaratif. Loi est un acte de commandement assorti de sanction. Loi doit être pensée dans le cadre d'un code car c'est un gage de liberté. Code plus sûr pour les libertés que la *Common law*.

*Dialogues des commons laws* de HOBBS qui met en scène un légiste (COKE) et un philosophe (HOBBS). Grande opposition : caractère indéterminée de la *common law* et du caractère déterminé du code. Droit écrit est une garantie plus que le droit qui provient de la jurisprudence (mais le juge ne crée pas de droit, il applique des règles). Idée d'un « juge, bouche de la droit » (imputée à MONTESQUIEU).

→ loi : garantie des libertés est une pensée inspirée du positivisme (même si cette qualification n'a pas de sens).

### 2.2. Comme théorie de la connaissance du droit

Chez KELSEN, positivisme est une épistémologie du droit, une théorie de la connaissance du droit. Kelsen introduit une rupture avec le positivisme classique autrichien : il veut faire une science du droit, c'est-à-dire une connaissance axiologiquement neutre (connaissance du droit dépourvue de tout jugement de valeur). → Théorie *pure* du droit.

Positivisme est une certaine façon de connaître le droit.

Sur le modèle du positivisme logique (KELSEN fréquente le Cercle de Vienne).

Volonté de construire une science arrachée à la métaphysique.

Conception de la science du droit comme une science distincte de la sociologie : il faut construire une science du droit autonome car droit est un objet qui appelle une science propre et non pas une science auxiliaire.

Connaissance du droit pour lui-même. KELSEN hostile au syncrétisme des méthodes. Objet droit de la sociologie n'est pas celui de la science du droit.

Un positivisme qui s'articule autour de plusieurs thèses :

- Idée que la science du droit est différente des autres sciences ;
- Droit n'a rien de naturel ; il s'agit d'un ensemble de normes qui ne s'identifient pas aux règles naturelles. Lois naturelles dominées par la loi de causalité ; loi juridique n'est pas une loi de causalité : **un rapport d'imputation**. Nécessité qu'une autorité intervienne pour l'application du droit.

- **Imputation** : l'élément fondamental de la science du droit chez Kelsen.
- Normes juridiques ne doivent pas être confondues avec les autres normes, notamment morales.  
Toutes les normes ne sont pas juridiques. D'où la distinction entre deux formes de signification
    - Il y a des énoncés qui peuvent avoir une signification subjective de normes → norme inauthentique.
    - Il y a des énoncés qui peuvent avoir une signification objective de norme → norme authentique, c'est-à-dire norme imputable à une autorité qui agit conformément à une autre norme (autorité habilitée à produire le juge).  
**Ex.** de la bande de voleurs et du percepteur. La signification de l'acte du percepteur a une signification objective de normes alors que pour les voleurs la signification est subjective (c'est-à-dire elle dépend de la volonté du voleurs).
  - Droit est un ensemble de normes. Droit ne se réduit donc pas à la loi ; il s'agit d'un système de normes distinct de la morale par la façon dont les normes sont produites : normes articulées de façon dynamique (car mode de création prévu dans les autres normes)  
**Systèmes dynamiques** : un mode de production de normes. Une norme est donc valide, non pas parce qu'elle est conforme, mais parce qu'elle a été posée par une autre norme. Les normes sont donc produites les unes par les autres.  
**Systèmes statiques** : un mode de déduction de normes. Ex. la morale.
  - C'est l'autorité et non la vérité, la justice qui fait la norme.  
→ Importance de l'acte d'interprétation. Le juge est libre dans ses méthodes d'interprétation. Personne ne peut le forcer à choisir à une méthode plutôt qu'une autre. Loi n'est qu'une norme parmi d'autres.  
⇒ Une rupture fondamentale au début du XXe siècle.  
Opposition avec CARRE DE MALBERG par ex. Pour CARRE DE MALBERG, la loi est un acte d'une autre nature (car expression de la volonté générale). Pour Kelsen, tout cela est de la *métaphysique*.

### 2.3. Comme idéologie

Une théorie morale selon laquelle le droit positif est obligatoire parce qu'il est juste. Un positivisme mis en avant par les juristes de la Deuxième Guerre mondiale en Allemagne, en France, en Espagne...

Droit positif est érigé en idéal de justice.

Une position qui n'est pas positiviste. Il s'agit d'une « théorie morale », une « théorie de la justice » (BOBBIO) (selon laquelle il faut obéir au droit).

→ Cela rend impossible toute description du droit qui soit objective.

KELSEN n'est pas un positiviste pour sa théorie de la justice.

**Ex.** État nazi est un État en droit. Critique d'un point de vue morale.

Les jugements de valeur de ces auteurs ne décrivent rien ; ils posent des prescriptions.

### 3. TENTATIVES DE DEPASSEMENT DE LA DISTINCTION ENTRE JUSNATURALISME ET POSITIVISME

Des auteurs qui veulent adopter une position réaliste (car positivisme est ambigu).

Le mot « réalisme » est ambigu : réaction contre ceux qui occupent la position positiviste comme théorie du droit.

Premier auteur à asséner un coup violent à ce positivisme : John Chipman GRAY, *Nature and sources of law*.

Le droit ne se trouve pas dans le texte, mais dans ce que l'on fait du texte. Le droit ne se réduit pas à des mots sur du papier ; c'est ce que l'on va faire de ce papier.

« On » : tout individu qui donne son interprétation du texte.

⇒ Fondement de la théorie réaliste de l'interprétation.

Tous les réalistes américains sont obsédés par l'idée que le droit ne peut être enfermé par le papier. Le droit est avant le droit du juge. « *All law is judge made law* » - Voir la critique de KELSEN dans la *TGDE*.

→ Adoption de la méthode sociologique pour comprendre le droit. Pas de syllogisme. Adoption d'une solution, puis ils trouvent dans les textes des moyens de justifier leur position.

Opposition avec les positivistes comme Roscoe POUND.

Ont-ils réussi à dépasser ? Ils dépassent un positivisme qui a repris un positivisme qui s'est « naturalisé » (au sens où ils ont repris le mode de pensée – des positivistes qui ont reconstruit un raisonnement de type jusnaturaliste).

#### 3.1. Le réalisme ou « le droit comme fait »

##### 1) ROSS critique de KELSEN

ROSS insiste sur le caractère idéologique de KELSEN :

- KELSEN confond le droit valide et le droit obligatoire
- Conception morale de la validité chez KELSEN : **ex.** KELSEN voit la validité comme un mode d'existence, mais parfois il l'assimile à une norme obligatoire.  
→ Dit-on deux fois la même chose ? ou alors, si on dit deux choses différentes, alors c'est une position qui est une forme d'idéologie de justice. Position prescriptive qui justifie le droit : la description se teinte de prescription. Le juriste kelsénien devient un juriste qui explique pourquoi il faut obéir au droit.

##### 2) La science du droit comme prédiction

Pour ROSS, droit fait essentiellement par les juges.

Science du droit pour ROSS est prédictive.

Scientifiques du droit n'a pas pour fonction de dire la norme valide ; il doit comprendre l'idéologie dans laquelle baignent les juges pour prédire la norme qu'ils appliqueront.

La science du droit est autonome de la sociologie, qui ne fait qu'une psychologie des juges. Science du droit entend comprendre leur raisonnement.

*Towards realistic jurisprudence* de R. ROSS (1945).

KELSEN répondra à ROSS. Pour KELSEN, le caractère obligatoire est un obligatorité partielle, uniquement juridique.

Réaliste : volonté d'appréhender les normes comme des faits. Or, KELSEN distingue strictement les faits et le langage.

Analyser le droit est une analyse de langage.

ROSS prolonge la science du droit héritée de KELSEN. Il accentue la démarche descriptive en comprenant que la science du langage est primordiale pour analyser le droit. Mais l'inspiration est la même que celle de KELSEN. Simplement, il prend en compte les instruments scientifiques de son temps.

### 3.2. DWORKIN critique de HART

#### 1) Le droit comme ensemble de règles et de principes

DWORKIN a réussi à faire croire qu'il existait une alternative au dualisme positivisme/jusnaturalisme.

DWORKIN, élève de Herbert HART.

Il lui oppose une critique très importante : le positivisme selon HART (construction proche de KELSEN, distinguant les règles de comportement et les règles de compétences – règles primaires et règles secondaires) n'a pas mesuré l'importance de principes dans le droit. Le droit n'est pas un ensemble de règles. Les principes n'obéissent pas à la même logique que les règles :

- Une règle s'applique ou ne s'applique pas → application mécanique. Principe est d'application beaucoup plus souple → principe prend une signification au moment même où on l'applique.
- La règle a une structure syntaxique. Un principe n'a pas cette structuration. Il ne se réduit pas à la formule « si, alors ».

#### 2) Le droit comme pratique sociale

- Quand conflit de deux règles, facile de trouver la règle qui va s'appliquer. Mais pour les principes, ils ne sont pas supérieurs les uns par rapport aux autres. Ils existent, sont le reflet du droit positif. On ne peut pas les hiérarchiser. Pas de principe plus ancien, ou plus général qu'un autre. Dans les conflits de principe, la seule solution est de faire appel à un raisonnement pratique, un raisonnement moral. Le raisonnement adopté doit permettre de choisir le principe applicable. Il faut alors faire appel à la raison et à la morale : le droit ne peut pas être pensé indépendamment de la morale ; il faut en tenir compte. Réhabilitation du lien entre positivisme et jusnaturalisme.

### 3.3. Le positivisme inclusif

Un courant s'inscrit dans la même veine : lorsque le droit contient un principe de morale, il faut prendre en compte la morale.

Une position proche des jusnaturalistes car elle a besoin d'une morale pour comprendre le droit.

Or, un jusnaturaliste vous dira que ce faisant, on donne une grande liberté aux juges qui devront interpréter.

→ Plus vous introduisez de morale dans le droit, plus vous favorisez l'arbitraire. Car on retrouve la position jusnaturaliste la plus classique. On définit le droit comme une pratique sociale, c'est-à-dire une contestation farouche qu'il puisse y avoir une connaissance objective du droit.

DWORKIN se rapproche de l'école historique du droit, selon laquelle le meilleur législateur est le professeur de droit.

**Débats :**

**J.-P. CHAZAL (Professeur à l'Université Lyon 3) :**

École de l'exégèse : un courant qui se réclame du jusnaturalisme. + Intervention sur Aristote.

**Réponse de P. BRUNET :**

Positivisme et jusnaturalisme sont plus relatifs que ce qu'on pense. Vouloir les dépasser est un peu vain. Il n'y a pas des positivistes, mais il y a des *thèses*.

Opposition jusnaturaliste et positivisme est une opposition épistémologique.

Point commun aux différents positivismes : Positivisme est un niveau de langage « niveau de langage + 1 ».

Aristote moins essentialiste que les jusnaturalistes modernes : capacité d'évolution autorisée chez Aristote contre le conservatisme des modernes. Rupture méthodologique.

Point commun tout de même : mode de raisonnement identique.

**Alexandre GUIGUE (MC à l'Université de Savoie)**

Sur VILLEY, déconstruction par Brian TIRNEY (auteur peu traduit en France)

**1. Kelsen est-il un dissident du cercle de Vienne ?**

KELSEN s'appuie sur KANT pour essayer de proposer une science du droit répondant à la question « à quelles conditions une science du droit est-elle possible ? ».

Rupture entre KELSEN et les juristes de son temps à travers « l'antikantisme » de KELSEN : il critique tout ce qui a été écrit avant lui en montrant le caractère illogique des thèses proposées. KELSEN fait œuvre kantienne quand cela lui sert et rompt avec KANT quand il critique.

Opportunisme épistémologique chez KELSEN.

**2. Sur les travaux de POPPER ?**

Destruction de la distinction entre les faits et les valeurs. Philosophe US : QUINE (puis POPPER) qui attaque les dogmes de l'empirisme :

Distinction analytique/synthétique

Proposition analytique : une proposition vraie en vertu des termes qui la constitue

Proposition synthétique: quelque chose qui est vrai en vertu de ce à quoi elle se réfère.

→ Une distinction qui n'aurait pas de sens car impossible de différencier ce qui relève du fait et des valeurs. + « holisme des significations » : un propos limité au discours de la science. Pas d'application aux discours moral ou pratique.

Image de Thésée qui construit son bateau sur la mer.

Si le langage est plein de jugement de valeur, il est intéressant de distinguer les niveaux de langage.