

Christophe Béal

Agrégé, docteur en philosophie (Paris 1, Nosophi)

LE POSITIVISME JURIDIQUE INCLUSIF

Résumé court : Les commentaires suscités par la théorie du droit de H.L.Hart ont profondément renouvelé la réflexion sur le positivisme juridique. On a ainsi vu apparaître l'hypothèse d'un positivisme juridique inclusif qui, tout en maintenant la thèse de la séparation entre le droit et la morale, reconnaît la possibilité d'introduire des critères moraux dans les règles de reconnaissance qui permettent d'identifier le contenu du droit et qui fixent les conditions de validité des règles juridiques. Notre contribution vise à présenter cette version du positivisme juridique et à faire le point sur les diverses critiques dont elle a fait l'objet. Deux questions majeures se posent. Le positivisme juridique inclusif est-il encore positiviste et peut-il être vraiment distingué de certaines versions du droit naturel ou de théories, comme celle de Dworkin, qui remettent en cause les principes du positivisme ? Doit-on admettre, à la suite de Joseph Raz, qu'une théorie positiviste conséquente ne peut-être qu'exclusive ? Le problème qui est ainsi soulevé est de savoir comment une règle secondaire peut inclure une norme morale sans pour autant que l'ordre juridique soit subordonné à des normes morales extra-juridiques.

LE POSITIVISME JURIDIQUE INCLUSIF

Présentation :

La séparation entre le droit et la morale a longtemps été présentée comme une thèse constitutive du positivisme juridique (H.L.A.Hart¹, N.Bobbio²). En vertu de cette thèse, la détermination de l'existence et du contenu d'une règle juridique est indépendante de toute référence à un critère d'ordre moral, mais relève d'une norme juridique d'ordre supérieur (Kelsen) ou d'un ensemble de règles de reconnaissance (Hart). C'est sur cette thèse que se sont focalisées les critiques contemporaines du positivisme juridique comme celles de Dworkin ou celles provenant de certaines théories analytiques du droit naturel (Lon Fuller, Finnis). Les débats en philosophie du droit se sont pendant longtemps articulés autour de cette thèse de la séparation. Cependant, face aux diverses critiques dont le positivisme juridique a pu être l'objet, H.L.A. Hart a été amené à nuancer ou à rectifier cette thèse de la séparation. Dans ses réponses aux objections de Lon Fuller ou de R. Dworkin, H.L.Hart a été amené à reconnaître la possibilité d'inclure dans les règles de reconnaissance des valeurs ou des normes morales. Entre le célèbre article de 1958 et le *Postscript* publié dans la seconde édition de *Concept of Law*³, la pensée de H.L.Hart manifeste ainsi une évolution significative qui a donné lieu à d'abondants commentaires.

C'est dans ce contexte qu'est apparue, dans le prolongement des travaux de H.L.Hart, une version inclusive du positivisme juridique qui amène à repenser cette thèse de la séparation. Le positivisme juridique inclusif repose sur l'idée que l'existence et la validité d'une règle juridique ne se ramènent pas seulement à un test de pedigree ni à des faits sociaux, mais qu'elle peut reposer sur des règles de reconnaissances contenant des normes morales substantielles. Selon cette hypothèse, défendue notamment par W.J.Waluchow⁴, il serait possible d'inclure des critères moraux comme condition de la validité juridique, qui a évidemment des implications considérables en terme constitutionnel, mais aussi sur la théorie de l'interprétation juridique⁵.

Une telle hypothèse semble aller à l'encontre de la version standard du positivisme juridique. Tout l'enjeu est donc de savoir s'il est possible d'inclure des principes moraux au sein de la sphère du droit tout en restant dans un cadre positiviste. Cette question a donné lieu ces dernières années à de riches discussions au sein de la jurisprudence analytique. Pour certains, le positivisme juridique ne peut être qu'exclusif au sens où la validité d'une règle juridique est indépendante de toute considération morale et qu'elle est essentiellement de nature conventionnelle. Les critiques les plus radicales ont été énoncées par Joseph Raz⁶ qui montre que le positivisme juridique repose fondamentalement sur une thèse sociale

¹ H.L.A.Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », repr. in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p.49-97; *Le concept de droit*, tr. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires St Louis, 1976, p.223-252.

² N.Bobbio, *Essais de théorie du droit*, tr. M.Guéret, Paris-Louvain, LGDJ-Bruylant, 1998.

³ H.L.A. Hart, *Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁴ W.J.Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Cf. aussi : K.E. Hima, "inclusive Legal Positivism", in J.Coleman, S.Shapiro, *The Oxford handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, p.124-165; J.Coleman, *In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, p.103-119.

⁵ V.Villa, « Inclusive Legal Positivism, Legal Interpretation and Value Judgements », *Ratio Juris*, 22, n°1, 2009, p.110-127.

⁶ J.Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009; *Ethics in the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995. Cf. aussi, S.J. Shapiro, « Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake? », *Ratio Juris*, 22, n°3, 2009, p.326-338.

(l'existence et la validité du droit reposent uniquement sur des faits sociaux) qui est incompatible avec l'hypothèse avancée par le positivisme juridique inclusif. Nous tenterons de montrer, à la suite de Joseph Raz, toutes les difficultés que pose l'incorporation de considérations morales au sein du droit. Même en supposant que les règles de reconnaissance puissent contenir des normes morales comment ces normes doivent-elles être interprétées et appliquées par les juridictions ? Doit-on considérer que les autorités sont « moralement » tenues de se conformer à ces normes ?

L'objet de notre contribution est de dresser un inventaire des objections qui ont été formulées à l'encontre du positivisme juridique inclusif et d'essayer de répondre à chacune d'entre elles. Nous tenterons ensuite de montrer que ce débat a amené à reformuler les principes du positivisme juridique et à repenser la normativité du droit.