



Norberto Bobbio et la crise du positivisme juridique dans l'Italie d'après-guerre

Jean-Baptiste Le Bohec

DANS **DROIT ET SOCIÉTÉ** 2022/3 N° 112 , PAGES 511 À 532
ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0769-3362

DOI 10.3917/drs1.112.0511

Date de mise en ligne : 27/01/2023

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-droit-et-societe-2022-3-page-511?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Norberto Bobbio et la crise du positivisme juridique dans l'Italie d'après-guerre

Jean-Baptiste Le Bohec

Professeur agrégé et docteur en philosophie.
<jeanbaptistebohec@gmail.com>

■ Résumé

Après la Seconde Guerre mondiale, en Italie, le jusnaturalisme renaissant a engagé le procès du positivisme juridique, accusé d'avoir permis, ou pire, favorisé l'avènement du fascisme. D'autres critiques venant des écoles sociologique et réaliste ont également mis en cause le positivisme, sur un plan toutefois plus épistémologique que moral. Au cœur de ce débat, le juriste et philosophe Norberto Bobbio a produit une contribution originale. Choissant de réformer le positivisme plutôt que de le défendre dogmatiquement, il s'est efforcé d'intégrer certains arguments pertinents tout en dévoilant les motifs idéologiques sous-tendus par d'autres. Cet article propose de revenir sur cette crise traversée par le positivisme juridique et l'apport de Bobbio, tout en discutant l'insertion de cette doctrine dans un « destin historique » plus large.

Fascisme – Jusnaturalisme – Positivisme juridique – Réalisme – Sociologie du droit.

■ Summary

Norberto Bobbio and the Crisis of Legal Positivism in Postwar Italy

In Italy, following World War II, resurging jusnaturalism put legal positivism on trial. The movement accused legal positivism of having facilitated, or even encouraged, the establishment of fascism. The sociological and realist schools also questioned positivism, though on a more epistemological than moral level, leading to further critiques. Norberto Bobbio, as a jurist and philosopher, contributed to the core of this debate. He opted to reform positivism instead of defending it dogmatically. Furthermore, the philosopher revisited some key points, while deconstructing the mechanisms underlying others. This article explores the tension experienced by legal positivism through Bobbio's contribution, and to discuss how this doctrine inserts in a broader "historical destiny."

Fascism – Jusnaturalism – Legal Positivism – Realism – Sociology of law.

Introduction

Une décennie après la fin de la Seconde Guerre mondiale naît une polémique antipositiviste. En Angleterre, elle est incarnée par le célèbre débat qui se déroula en 1958 entre Herbert L. A. Hart et Lon L. Fuller ; le premier publiant sur la *Harvard Law Review* un texte intitulé « Positivism and the Separation of Law and Morals »¹ soutenant une distinction stricte entre la loi telle qu'elle est, et la loi telle qu'elle doit être ; et le second récusant cette distinction dans la même revue, avec un article intitulé « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart »².

Mais c'est en Allemagne³ et en Italie, de manière assez prévisible, que s'est manifesté le plus vivement dans l'après-guerre le souhait de réformer le positivisme juridique à l'aune d'un jusnaturalisme revivifié. Dans ce contexte historique si particulier, comme le note Jean-François Kervégan, « cette renaissance du motif jusnaturaliste, due à une catastrophe politique et morale, traduit un besoin de restaurer un horizon métapositif »⁴. Ce besoin s'est exprimé, dans le débat italien, de manière parfois très véhémement. Après l'expérience du totalitarisme, le positivisme juridique fut accusé de tous les maux : exaltation de l'obéissance, légalisme fanatique, idolâtrie de l'État. D'après les antipositivistes, sous le régime mussolinien, la vision hiérarchisée, hyper-conformiste, et totalitariste de la société aurait trouvé dans cette doctrine un appui décisif. Le principe de réduction de la justice à la légalité aurait permis de justifier l'obéissance aux lois les plus iniques. Le formalisme aveugle et le refus de toute téléologie auraient favorisé le suivisme des institutions comme des citoyens, et permis au *Duce* d'entraîner l'Italie vers la catastrophe. Cette polémique conduite par les antipositivistes n'était pas entièrement désintéressée : elle avait pour objectif de remettre à l'honneur la doctrine des droits naturels, pour des motifs qu'il nous faudra exposer plus avant.

Toutes les charges contre le positivisme juridique, néanmoins, n'avaient pas cette teneur éthico-politique. L'essor de la sociologie juridique, par exemple, renouvelait les représentations du travail du juriste. En assimilant ce dernier à un automate, une machine à produire des syllogismes, les positivistes auraient manqué la dimension créatrice inhérente à sa pratique, et se seraient foncièrement trompés sur la nature de l'interprétation juridique. Mêlées aux précédentes, ces critiques contribuèrent à affaiblir les positions du positivisme en Italie.

Nous souhaitons ranimer le souvenir de ce débat en évoquant le travail du juriste et philosophe italien Norberto Bobbio. En se confrontant à l'antipositivisme, il a fortement contribué à élucider la notion même de positivisme juridique – dont on sait qu'elle a donné lieu à de nombreuses définitions différentes. Pris entre les attaques du vieux jusnaturalisme renaissant d'un côté, et du jeune réalisme de l'autre, cette

1. Herbert L. A. HART, « *Positivism and the Separation of Law and Morals* », *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958, p. 593-629.

2. Lon L. FULLER, « *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart* », in *ibid.*, p. 630-672.

3. Cf. Gustav RADBRUCH, « Die Erneuerung des Rechts » [1947], in *ID.*, *Naturrecht oder Rechtspositivismus ?*, (éd. Werner Maihofer), Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, p. 1-11.

4. Jean-François KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2005, p. 15.

doctrine a trouvé chez Bobbio une défense toute en nuances. En choisissant de réformer le positivisme plutôt que le défendre dogmatiquement, le philosophe a contribué à le régénérer dans la contradiction. Malgré le confort que peuvent représenter pour des juristes les explications positivistes de leurs pratiques, il a eu le courage d'affronter une question difficile : pourquoi sauver la doctrine positiviste ? Ou, pour reprendre les mots d'Uberto Scarpelli : « Savons-nous autour de quoi nous combattons, que voulons-nous conserver et que perdrons-nous si nous le refusions⁵ ? »

I. La philosophie néo-idéaliste du droit et le positivisme juridique

Tout d'abord, disons quelques mots du parcours de Bobbio dans les études juridiques. Entre 1944 et 1972, Norberto Bobbio a enseigné à l'Université de droit de Turin la philosophie et la théorie du droit – un enseignement débuté en 1935. Formé dans la matrice néo-idéaliste de Giovanni Gentile et Benedetto Croce, hégémonique dans l'entre-deux-guerres, Bobbio s'en est progressivement détourné, pour n'y plus jamais retourner. Les reproches qu'il adresse à la philosophie néo-idéaliste du droit sont sévères. À titre d'exemple, Gentile, « philosophe de l'indistinction »⁶ d'après Bobbio, écrivit ses *Fondamenti della filosofia del diritto*⁷ « sans aucune base dans l'expérience juridique » ni « notions les plus élémentaires du droit »⁸. Telle était la philosophie spéculative et spiritualiste italienne, qui, inspirée par une lecture simplificatrice de Hegel, s'interrogeait sur la place du droit dans le développement de l'Esprit absolu, et prétendait lui donner un concept *a priori* en le déduisant de postulats présumés évidents et indiscutables. Quel intérêt aurait bien pu porter le juriste à cette philosophie, lui qui attendait du philosophe qu'il l'aide à penser sa propre pratique ? Le résultat fut, pendant des décennies, l'absence complète de dialogue entre philosophes et juristes, alors même qu'un enseignement de philosophie était dispensé dans toutes les facultés de droit d'Italie.

Or, c'est aux théoriciens du positivisme juridique, en particulier Hans Kelsen, que l'on devait, d'après Bobbio, d'avoir mis un terme à cette indifférence réciproque. Les perspectives offertes par la méthode positiviste semblaient devoir renouveler complètement la philosophie du droit. En outre, le fétichisme de la loi et l'idolâtrie de l'État supposés au cœur de cette doctrine n'eurent visiblement aucun effet sur le jeune juriste. L'engagement antifasciste, pour lequel il fut arrêté et emprisonné en 1943, devait rendre Bobbio encore plus sceptique quant à la présumée compromission de la théorie positiviste avec le régime mussolinien.

Après la guerre, cependant, l'Italie fut traversée par une profonde crise de la pensée juridique, dont les juristes, à l'instar d'Arturo Carlo Jemolo, Piero Calamandrei et

5. UBERTO SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico ?*, Naples : Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 46. Toutes les traductions de titres italiens sont de l'auteur de l'article.

6. NORBERTO BOBBIO, « Intorno a un giudizio su Giovanni Gentile », in ID., *Studi in onore di Gustavo Bontadini*, Milan : Vita e pensiero, 1975, vol. II, p. 213-233, à présent dans ID., *Dal fascismo alla democrazia*, Milan : Baldini & Castoldi, 1997, p. 212. Sur Gentile en particulier, cf. Jean-Baptiste LE BOHEC, « Les sources intellectuelles de l'idéologie fasciste », *Droit & Philosophie*, 7, 2015, p. 104-107.

7. GIOVANNI GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto* [1916], Florence : Sansoni, 1955.

8. NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Rome : Laterza, 2011, p. 32.

Giuseppe Capograssi, s'accordaient à en reconnaître la gravité : « la littérature juridique italienne fut pleine d'examens de conscience »⁹, nous dit Bobbio. De cette crise naquit l'idée que les juristes s'étaient rendus coupables d'une certaine complicité avec le totalitarisme fasciste, du fait de leur vénération de la loi positive et de leur exaltation de l'État centralisateur comme unique source légitime du droit. Ce sentiment de « révolte contre le formalisme » accouche ainsi d'une « polémique antipositiviste », formalisme et positivisme pouvant être selon Bobbio globalement confondus.

II. Trois formes de positivisme juridique

Qu'entend-on par positivisme juridique ? De même que nous pouvons définir le jusnaturalisme comme la doctrine selon laquelle il existe un droit naturel immuable au-delà du droit positif conventionnel et changeant, nous pouvons considérer le positivisme comme la doctrine d'après laquelle il n'existe pas de droit, au sens propre, en dehors du droit positif.

Ces définitions sommaires peuvent paraître insatisfaisantes. On arguera notamment, à propos du jusnaturalisme, que « l'immuabilité » du droit naturel suggère un caractère de fondement, voire une supériorité hiérarchique, une certaine verticalité, qui n'ont rien de nécessaire. Ainsi, le droit naturel, tel qu'il est conçu par le droit romain, « suppose la vision d'un droit universel, mais assurément pas celle d'un droit qui prescrive les fondements du droit »¹⁰, écrit Yan Thomas. Par conséquent : « Aucune hiérarchie n'est suggérée entre droit naturel et droit civil¹¹. » Une institution comme l'esclavage, reconnue comme contraire à la nature, peut être jugée, du point de vue civil, comme parfaitement légitime. Les différentes sphères du droit, chez les juristes romains, sont placées à un même niveau. Sur ce plan horizontal, la différence essentielle a trait à leur étendue : le droit naturel concerne tous les êtres vivants, tandis que le droit civil est resserré autour de la cité. Mais la nature, à la fois puissance inspiratrice et obstacle physique, n'est pas en elle-même conçue comme une limite normative à la volonté du législateur.

Toutefois, comme le relève Yan Thomas, avec le christianisme : « La position de la nature a changé, puisqu'elle est créée par Dieu au même titre que la Loi est instituée par lui¹². » La nature devient prescriptive, et le sera d'autant plus que la Loi révélée perdra de l'importance avec les contractualistes des XVII^e et XVIII^e siècles. Plus encore, il faut comprendre la définition de Bobbio comme une reconstruction qui en dit moins sur le jusnaturalisme que sur le positivisme juridique lui-même. Elle ne cherche pas vraiment à rendre justice de ce qu'a été, historiquement, le droit naturel, mais à le juger selon les critères du positivisme. Dans un sens tout à fait similaire, et en vue de fins comparables, Max Weber définit, dans sa *Sociologie du droit*, le droit naturel comme « l'ensemble des normes indépendantes de tout droit positif et supérieures à

9. *Ibid.*, p. 12.

10. Yan THOMAS, « *Imago naturae*. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome », in Id., *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987)*, Rome : École française de Rome, 1991. p. 208.

11. *Ibid.*, p. 209.

12. *Ibid.*, note 25.

ce dernier »¹³, ou, en d'autres termes, « des normes qui sont légitimes non pas en vertu de leur édicition par un législateur légitime mais en vertu de leurs qualités immanentes »¹⁴.

À partir de cette conception spécifique, mais efficace, du jusnaturalisme, nous pouvons nous pencher sur son concurrent, le positivisme juridique, et en distinguer avec Bobbio trois sens principaux : il peut être soit (a) une idéologie, soit (b) une théorie du droit, soit (c) une méthode de recherche, ou une façon d'aborder le droit. Essayons de préciser ces différents sens.

(a) En tant qu'idéologie, c'est-à-dire en tant que « prise de position face à une réalité donnée », « fondée sur un système de valeurs plus ou moins conscient », et visant à « exercer une influence sur la réalité même »¹⁵, le positivisme confère au droit positif une certaine valeur, du simple fait d'exister. Mais à partir de là, deux façons de concevoir cette idéologie peuvent être nettement opposées. Il existe une idéologie positiviste radicale, selon laquelle « le droit positif, du simple fait d'être positif, c'est-à-dire d'être l'émanation d'une volonté dominante, est juste »¹⁶. Être juste, dans ce cas, implique d'accomplir son devoir juridique indépendamment de toute considération pour le contenu particulier, la fin, ou la nature du devoir. Cette conception légaliste de la justice, d'après laquelle l'acte est juste du seul fait d'être valide, s'oppose radicalement à la thèse jusnaturaliste selon laquelle la loi n'est valide qu'à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à une loi supérieure : la loi naturelle. Mais il existe également une idéologie positiviste modérée, selon laquelle le droit « sert, du fait de son existence, indépendamment de la valeur morale de ses règles, à atteindre certaines fins désirables, comme l'ordre, la paix, la certitude et en général la justice légale »¹⁷.

(b) En tant que théorie du droit, le positivisme représente une compréhension particulière du droit liée à la formation de l'État moderne. En monopolisant la production juridique, l'État a donné au droit des caractéristiques spécifiques : toute décision de justice présuppose une règle préexistante ; toute règle est promulguée par l'État ; et l'État est l'auteur d'un complexe de normes constituant une unité. Cette conception étatiste du droit a donné naissance à plusieurs grandes thèses positivistes : la coercition comme caractère propre au droit, l'impératif comme caractère propre de la norme juridique, la loi comme principale source du droit, l'ordre juridique comme système complet et cohérent, et l'interprétation comme activité technique ou logique.

(c) En tant que méthode, ou façon d'aborder le droit, le positivisme part de la différence irréductible entre le droit réel et le droit idéal, le droit qui est et celui qui devrait être, les faits et les valeurs. La méthode positiviste est née du mouvement plus général de la science moderne, et de son effort pour écarter le finalisme de l'étude de la nature, ou, en d'autres termes, la tendance à tirer des jugements de

13. Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris : PUF, coll. « Quadrige », 2013, chap. VII, p. 269.

14. *Ibid.*, p. 270.

15. Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, p. 87.

16. *Ibid.*, p. 92.

17. *Ibid.*

valeur de l'étude des faits naturels. Le positiviste est celui qui porte sur le phénomène juridique un regard éthiquement neutre. Cela ne signifie pas qu'il nie nécessairement l'existence d'un autre droit, « idéal, naturel ou rationnel »¹⁸, précise Bobbio, mais simplement qu'il affirme que ce droit ne peut être l'objet d'une recherche scientifique.

Ajoutons à ces distinctions quelques précisions sur leurs rapports réciproques. La méthode positiviste est une méthode d'étude du droit, et la théorie positiviste une façon de comprendre les systèmes juridiques. Opter pour une méthode positiviste n'implique pas que l'on adhère à la théorie positiviste du droit. La méthode positiviste est née à une époque de centralisation étatique, qui a vu tout naturellement de nombreux juristes définir le droit comme un système de normes ordonné par l'État. Mais en tant que méthode, elle peut très bien s'attribuer d'autres objets, « comme l'ordre international ou l'ordre canonique »¹⁹. « C'est si vrai » écrit Bobbio, « qu'aujourd'hui la majeure partie des juristes qui se réclament de l'*approach* positiviste n'acceptent pas la théorie étatiste »²⁰.

De même, défendre une théorie positiviste du droit n'implique pas de défendre l'idéologie positiviste. « La théorie positiviste est le reflet, dans la conscience du juriste, de la formation de l'État moderne »²¹, explique Bobbio. On peut donc comprendre la production juridique à partir de la souveraineté de l'État, sans sombrer dans l'exaltation de l'État, ni même prononcer à ce sujet de jugement de valeur. Si promouvoir l'idéologie positiviste exige, en revanche, que l'on adhère à la théorie positiviste et à la méthode positiviste, le chemin inverse, que l'on a pu observer historiquement, n'a donc aucune nécessité logique.

Une fois ces distinctions acquises, nous pouvons reposer le problème. La polémique antipositiviste doit-elle nous faire réviser, voire abandonner, un ou deux aspects du positivisme juridique, ou bien la doctrine dans son ensemble ? Chacun de ces aspects peut être mis face à ses propres contradicteurs, et donc être traité séparément.

III. Défense du positivisme comme idéologie

Le formalisme éthique, ou encore l'idéologie positiviste, a été la principale cible des défenseurs du droit naturel. La réduction de la justice à la conformité aux lois a interdit, selon eux, la distinction entre lois justes et injustes, découragé la désobéissance civile et l'objection de conscience, et permis à l'État totalitaire de broyer l'individu dans la machine législative.

Mais cette critique n'était pas dépourvue de visées autres que scientifiques. Empruntant un commentaire de Guido Fassò, Bobbio rappelle : « Surtout en Italie, la renaissance du droit naturel a une signification presque exclusivement politique, et, pour un quart réaction au fascisme, pour trois quarts peur du communisme, elle

18. *Ibid.*, p. 89.

19. *Ibid.*, p. 91.

20. *Ibid.*, p. 92.

21. *Ibid.*, p. 90.

s'insère dans le cadre plus vaste de la *reconquête* catholique²². » L'un des *Discours aux intellectuels* du Pape Pie XII, daté de 1949, cité par Uberto Scarpelli, illustre bien cette idée : « Les causes immédiates d'une telle crise [de la justice et de la conscience morale chrétienne] sont à rechercher principalement dans le positivisme juridique et dans l'absolutisme d'État ; deux manifestations qui à leur tour dérivent et dépendent l'une de l'autre. Une fois soustraite au droit sa base constituée par la loi divine naturelle et positive, et pour cela immuable, il ne reste qu'à le fonder sur la loi de l'État comme norme suprême, et voilà posé le principe de l'État absolu. En retour cet État absolu cherchera nécessairement à soumettre toutes les choses à son arbitre, et spécialement à mettre le droit lui-même au service de ses propres fins. Le positivisme juridique et l'absolutisme d'État ont altéré et défiguré la noble physionomie de la justice, dont les fondements sont le droit et la conscience [...] »²³. » Dans cette citation apparaît bien le lien de causalité entre le positivisme et l'étatisme, que l'italien désigne sous le terme de *statolatria* (« idolâtrie de l'État »). L'étatisme lui-même résulterait d'un abandon coupable du seul fondement légitime du droit positif : « la loi divine naturelle et positive ». À travers cette expression, il faut probablement voir un rappel de la distinction entre les deux ordres de législation divine : le droit naturel d'un côté, divin parce que la nature a été créée par Dieu, et le droit révélé de l'autre, à l'instar des commandements de Moïse ou de l'Évangile.

Ces accusations à l'encontre du positivisme juridique, somme toute assez prévisibles de la part du souverain pontife, n'ont pas surpris Bobbio autant que la tentative de populariser l'expression de « droit naturel en vigueur », que l'on doit à un congrès de juristes catholiques²⁴ qui se tint la même année que le discours de Pie XII. Cette expression était volontairement polémique pour au moins deux raisons : l'adjectif « naturel » impliquait, bien entendu, l'existence d'un autre droit à côté du droit positif, et l'expression « en vigueur » affirmait sa supériorité sur le droit positif. Le positivisme se serait rendu ainsi coupable d'avoir nié non seulement le caractère contraignant de ce droit naturel, mais, plus encore, sa primauté sur le droit positif. Au-delà de ce qu'en dit Bobbio, cette conception du droit naturel semble, paradoxalement, elle-même calquée sur le positivisme juridique. Il semble difficile, pour ces néo-jusnaturalistes, de penser le droit en faisant abstraction de certains outils – l'idée de hiérarchie des normes, leur caractère immédiatement contraignant – forgés par le positivisme lui-même.

Que penser dès lors de ces arguments qui visent le positivisme juridique ? Il est possible qu'ils n'atteignent que très partiellement l'idéologie positiviste. En effet, ils visent en réalité le formalisme éthique au sens strict, que Bobbio nomme également

22. In Léo STRAUSS, *Diritto naturale e storicismo*, in « Il Mulino », VII, 1958, n. 78, p. 240, cité par Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 24.

23. PIO XII, « Diritto e coscienza. Le norme oggettive del diritto – Per l'inaugurazione dell'Anno Giuridico al Tribunale della Sacra Romana Rota – 13 novembre 1949 », in Id., *Discorsi agli intellettuali (1939-1954)*, Rome : Studium 1955, p. 209-210, cité par Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico ?*, op. cit., p. 201.

24. Cf. Renato ANGELONI *et al.*, *Diritto naturale vigente*, Cahier de la revue *Iustitia*, organe de l'« Unione giuristi cattolici italiani », Rome : Studium, 1951.

« positivisme éthique extrémiste »²⁵. Le positivisme comme réduction de la justice à la loi est certes une cible commode pour ses détracteurs (qui s'opposerait à une telle conception ?), mais il n'est peut-être rien de plus qu'un épouvantail.

En effet, historiquement, il existe deux modèles de formalisme éthique strict : le premier, que l'on peut qualifier de conventionnaliste, est inspiré par Hobbes. Il présuppose qu'aucune distinction entre le juste et l'injuste ne peut exister avant qu'une convention l'établisse parce que, par nature, tout est licite. Le second modèle, dit naturaliste, soutient qu'est juste tout ce que chacun a, par nature, le pouvoir de faire. C'est la position soutenue par Spinoza.

Mais ces deux positions, conventionnaliste et naturaliste, n'ont pratiquement jamais été adoptées par les juristes, à quelques exceptions près. Ces exceptions sont évoquées par Bobbio dans son cours de 1960-1961, intitulé *Il positivismo giuridico*. Il mentionne ainsi les « quelques juspositivistes allemands de la seconde moitié du XIX^e qui recueillirent une interprétation réactionnaire de la conception hégélienne de l'État »²⁶, c'est-à-dire des juspositivistes moins inspirés par la doctrine positiviste elle-même, que par le néo-idéalisme des hégéliens de droite.

En outre, si l'on se penche sur la valorisation de l'obéissance à la loi, nous réaliserons qu'elle n'est pas du tout propre au positivisme. Alors qu'elle se présente aujourd'hui comme une morale de résistance, historiquement, écrit Bobbio, « la théorie de l'obéissance, bien plus que celle de la résistance, a été affirmée par les théories jusnaturalistes traditionnelles »²⁷. Pour être précis, poursuit Bobbio, cette défense de l'obéissance n'est « ni jusnaturaliste, ni positiviste, parce qu'elle dérive de la constatation, aussi ancienne que la philosophie du droit, qu'aucun ordre juridique ne peut se maintenir en se fiant uniquement à l'obéissance arrachée par la crainte de la sanction »²⁸.

D'un point de vue analytique, il n'existe pas qu'une idéologie positiviste, mais deux. La défense de l'obéissance, dans le premier cas, n'a pas du tout le même sens que dans le second. L'idéologie positiviste radicale, marginale dans la pensée juridique, défend bien le devoir inconditionnel d'obéir aux lois. En revanche, l'idéologie positiviste modérée suspend le devoir d'obéissance à la réalisation de fins désirables « comme l'ordre, la paix, la certitude, et en général la justice légale »²⁹. Le droit positif est l'instrument de ces fins, mais lorsqu'il ne permet plus de les réaliser, ou lorsque l'obéissance à la loi crée un conflit avec d'autres fins supérieures comme la liberté ou la vie humaine, alors l'obligation cesse.

Dans les faits, les juristes ont été nombreux à tenir le positivisme juridique comme une arme efficace contre les lois injustes. Scarpelli nous rappelle Bobbio, qui fut un défenseur déclaré du positivisme idéologique, « considérait la méthode juridique positive comme une condition essentielle pour le bon fonctionnement de l'État libéral et démocratique, dans lequel la condamnation et l'élimination de la loi

25. Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Turin : Giappichelli, 1996, p. 248.

26. *Ibid.* Notons que Bobbio précise qu'il faut exclure Rudolf von Jhering de cette liste.

27. *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico, op. cit.*, p. 97.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

injuste n'est pas confiée à la résistance individuelle mais à des institutions disciplinées par le droit positif »³⁰.

À la suite de Scarpelli, nous pouvons constater à quel point l'assimilation du positivisme juridique au totalitarisme est discutable. L'idéologie positiviste, fille des Lumières, considère « l'ordre, l'égalité formelle et la certitude comme les valeurs propres du droit »³¹. Ces valeurs sont au fondement de l'État libéral, non de l'État autoritaire, et encore moins totalitaire. À l'inverse, écrit Bobbio : « L'idéologie juridique du nazisme était [...] nettement contraire au principe juspositiviste selon lequel le juge doit décider exclusivement sur la base de la loi, en soutenant que, au contraire, celui-ci devait décider sur la base de l'intérêt politique de l'État (en particulier, par opposition au principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, l'idéologie nazie soutint que tous les actes contraires au "sain sentiment populaire" – *gesundes Volksempfinden* – devaient être considérés comme des délits)³². » Pour être précis, dans la mesure où la législation du III^e Reich permettait au juge d'agir ainsi, ses décisions n'étaient pas contraires à la loi positive, mais au principe de légalité. En effet, aux commandements individuels, le positivisme a opposé ce principe qui assigne au droit la tâche de produire des normes générales et abstraites. Le principe de légalité est la condition pour substituer au gouvernement des hommes le gouvernement des lois, et au règne des passions et de l'arbitraire la stabilité et l'isonomie démocratique. Pour illustrer son propos, Bobbio évoque Piero Calamandrei, juriste et militant antifasciste, qui, sous le régime de Mussolini, en a appelé au principe de légalité pour tenter de mettre un frein à l'arbitraire de l'État.

Le rappel de ces faits suggère que, quand elle s'en prend au positivisme idéologique, soit la polémique antipositiviste rate complètement sa cible – puisque, non seulement le positivisme n'implique pas la réduction de la justice à la loi, mais en plus, pour la grande majorité des juspositivistes, l'obéissance à la loi n'a jamais été inconditionnelle –, soit elle l'atteint, mais ses flèches vont se perdre dans un véritable désert que n'a habité pratiquement aucun juspositiviste.

Nous pouvons aisément imaginer que cette polémique, conduite par les penseurs du droit naturel, était moins motivée par la critique du totalitarisme que par le souhait de redonner vie à une énième dénonciation du libéralisme et du relativisme moral, auquel on opposerait un droit transcendant. Ici encore, même si des juspositivistes importants comme Kelsen ont pu défendre le relativisme, la cible est manquée : la morale de nombreux juspositivistes se voulait objective, à l'instar des juristes utilitaristes anglais. La défense du positivisme n'implique pas l'adhésion à une doctrine morale, si l'on excepte cette morale minimale, selon laquelle le droit positif est un moyen d'atteindre certaines fins désirables.

Les idéologies positiviste et jusnaturaliste ne doivent pourtant pas nécessairement s'exclure. Dans leur version radicale respective, elles sont incompatibles : la première soutient l'obéissance inconditionnelle à la loi en réduisant la justice à la validité, la seconde défend la théorie de la désobéissance active en prétendant que

30. *Ibid.*, p. 23.

31. *Id.*, *Il positivismo giuridico, op. cit.*, p. 248.

32. *Ibid.*, p. 249.

seules les lois conformes au droit naturel sont valides. Mais à côté de ces deux versions radicales, il existe deux versions modérées : l'idéologie positiviste modérée, dont nous avons traité précédemment, mais aussi une idéologie jusnaturaliste modérée, selon laquelle « les lois peuvent être injustes, mais elles doivent être également, sauf cas extrême, respectées »³³. Ces deux versions, écrit Bobbio, « rendent hommage à la valeur de l'ordre »³⁴, le positivisme le considérant comme un bien parmi d'autres, et le jusnaturalisme comme un mal mineur. Le premier estime l'obéissance conditionnée par la réalisation des fins du droit, le second tient la désobéissance comme conditionnée par la préservation de l'ordre social. Entre les deux, soutient Bobbio, « la ligne de démarcation devient de plus en plus évanescence »³⁵.

IV. Défense du positivisme comme théorie du droit

Afin de poursuivre cette opposition entre positivisme et jusnaturalisme, comparons leur façon de comprendre le phénomène juridique et d'élaborer une théorie du droit. Le positivisme a une conception volontariste de ce phénomène : le droit repose sur la volonté du souverain, la loi prévaut sur les autres sources du droit, les normes sont liées par leur processus de création et sont impératives. L'ordre juridique ainsi constitué est dynamique. Le jusnaturalisme, au contraire, a une conception rationaliste du phénomène juridique : le droit repose sur la raison, les lois peuvent être dérivées les unes des autres en s'attachant à leur contenu et en suivant les règles de la raison droite. L'ordre juridique ainsi constitué est statique.

Le positivisme se veut donc une « élaboration théorique [...] du volontarisme juridique »³⁶, tandis que le jusnaturalisme est moins une morale ou une idéologie de la justice qu'une « théorie de la morale » : une « théorie selon laquelle le fondement des règles de la conduite humaine n'est pas à chercher dans la volonté du législateur », mais « dans la nature humaine de toujours, constante et uniforme »³⁷. L'unité des théories jusnaturalistes n'est pas celle des conceptions morales, diverses et contradictoires, mais celle de la fondation de la morale. « Parvenu à ce point, ajoute Bobbio, nous pourrions dire en soupirant "Oh nature de l'homme, que n'as-tu pas pu justifier ?" »³⁸.

De ce fondement ont dérivé certains principes propres à la théorie jusnaturaliste : la nature des choses comme source du droit, la nécessaire incomplétude du droit positif, le devoir du juge d'adapter le droit positif aux exigences du droit naturel. Mais ces principes n'ont jamais été développés de manière rigoureuse. Pour parvenir à l'élaboration d'une véritable théorie jusnaturaliste du droit, il aurait fallu les développer de manière systématique.

33. ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 116.

34. *Ibid.*, p. 117.

35. *Ibid.*, p. 116.

36. *Ibid.*, p. 117.

37. *Ibid.*, p. 119.

38. *Ibid.*

Néanmoins, après avoir indiqué le chemin, des héritiers ont pris le relais : ce sont les théories sociologique et réaliste du droit, dont Bobbio déclare « qu'on peut les considérer, sous certains aspects, comme une forme de "jusnaturalisme modernisé" »³⁹. Les critiques adressées à la théorie positiviste du droit par ces courants sont nettement plus pertinentes que les précédentes : « à la critique des *horreurs* se substitue ici la critique des *erreurs* »⁴⁰ écrit Bobbio.

Dans ses leçons consacrées à l'histoire du positivisme juridique, Bobbio évoque les grandes questions posées à la théorie du droit : Comment définir le droit ? Que doit-on considérer comme la source du droit ? Qu'est-ce qu'une norme juridique ? Qu'est-ce qu'un ordre juridique ? Et enfin, que fait le juge – ou encore quelle est sa méthode, comme interprète-t-il le droit – ? À ces questions, la théorie positiviste du droit répond en soutenant six principes fondamentaux (deux d'entre eux étant consacrés à la question de l'ordre juridique)⁴¹ : (i) la théorie coercitive du droit, (ii) la théorie législative du droit, (iii) la théorie impérative du droit, (iv) la théorie de la cohérence de l'ordre juridique, (v) la théorie de la complétude de l'ordre juridique, (vi) la théorie de l'interprétation logique ou mécanique du droit. Ces théories ont toutes été soumises à des critiques sévères, notamment par les écoles sociologique et réaliste.

(i) La théorie coercitive du droit retient que ce dernier est constitué d'un ensemble de normes dont l'objet est de régler l'usage de la force. On a pu opposer à cette théorie les exemples de l'adhésion spontanée aux normes et des ordres juridiques sans sanction. Ainsi, les sujets adhèrent sans contrainte au droit coutumier, les normes constitutionnelles ne sont garanties par aucun pouvoir coercitif émanant d'un organe supérieur, et le droit international est dépourvu de moyens pour rendre les normes qui règlent les rapports entre États contraignantes.

(ii) La théorie législative du droit fait de la loi l'unique source du droit. Le réalisme a opposé à ce concept des faits « difficilement réfutables »⁴² démontrant que le juge est également une source du droit : « même en faisant abstraction de la discussion programmatique s'il est bien ou mal de concéder une plus grande liberté au juge dans la recherche du droit, le juge crée *de fait* le droit, nonobstant la suprématie de la loi et l'obligation de décider en conformité avec les règles précédemment établies »⁴³. À partir du constat que le juge est capable de faire évoluer le droit en vigueur dans une société, il faudrait lui reconnaître aussi un pouvoir créateur.

(iii) La théorie impérative du droit implique que la norme juridique a la forme d'un commandement (positif, l'obligation, ou négatif, l'interdiction). Il lui a été reproché, entre autres, de ne pas tenir compte de certaines normes qui appartiendraient bien à tout ordre juridique sans être des commandements. Par exemple, la norme permissive, qui donnerait au sujet de droit une faculté, ou la norme attributive, qui lui conférerait un pouvoir.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*, p. 99.

41. *Id.*, *Il positivismo giuridico, op. cit.*, p. 249.

42. *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico, op. cit.*, p. 101.

43. *Ibid.*

(iv) La théorie de la cohérence part du principe que deux normes contradictoires ne peuvent être toutes deux valides dans un même système, et postule que l'ordre juridique ne peut admettre de telles antinomies. Or, nous dit Bobbio : « Nos systèmes juridiques ne sont pas des systèmes unitaires, c'est-à-dire, ils ne se fondent pas sur un unique postulat éthique, ou sur un groupe de postulats cohérents, mais ils sont des systèmes à plusieurs valeurs et ces valeurs sont souvent antinomiques entre elles, comme celle de la liberté négative et de l'égalité positive, ou bien celle de la liberté individuelle et de la justice sociale⁴⁴. » Est-il possible de résoudre toutes les antinomies ?

(v) La théorie de la complétude postule qu'il n'existe pas de norme manquante dans un système de droit positif, et donc pas de controverse qui ne puisse être réglée à l'intérieur du système. Cette théorie « représente, d'après Bobbio, le point central, le cœur du cœur [...] du positivisme juridique »⁴⁵ dans sa compréhension de l'ordre juridique. Il garantit l'une des fins de l'idéologie positiviste, la « certitude juridique », en contraignant le juge à résoudre les controverses qui lui sont soumises tout en l'empêchant de créer la norme destinée à s'appliquer. Les attaques contre ce principe vinrent de tous côtés. Bobbio évoque les critiques précoces de la jurisprudence sociologique d'Eugen Ehrlich, de l'école du droit libre de Hermann Kantorowicz, de l'école scientifique du droit de François Gény, et de la jurisprudence des intérêts de Philipp Heck, qui toutes rappelaient qu'aucune science, ni théorique ni pratique, n'a jamais prétendu pouvoir répondre à toutes les questions qui lui étaient posées⁴⁶. Quant au réalisme américain, avec Jerome Frank⁴⁷, il tenait le dogme de la complétude comme « un mythe propre à une société infantile, pas encore parvenue à maturité »⁴⁸.

(vi) La théorie de l'interprétation mécanique invite le juge à renoncer aux perspectives historique ou finaliste dans l'interprétation de la loi au profit d'une méthode logique ou systématique. Elle a été fréquemment accusée de percevoir « le juge comme un automate, et la décision judiciaire comme un syllogisme »⁴⁹.

D'après Bobbio, les critiques adressées aux trois premières théories ne sont pas suffisamment « consistantes »⁵⁰ pour en provoquer l'abandon. Elles peuvent être intégrées sans en déformer le cœur. Nous pouvons en donner quelques exemples.

Le droit coutumier, le droit constitutionnel ou le droit international remettent-ils en question la théorie coercitive du droit ? En réalité, les analyses du droit coutumier montrent bien que des normes peuvent être suivies spontanément, mais pas qu'un quelconque ordre juridique peut se passer de la coercition. Le droit constitutionnel nous interroge moins sur l'importance de la coercition que sur le regard porté sur l'ordre juridique : « du bas vers le haut, on voit un pouvoir coercitif exercé

44. ID., *Essais de théorie du droit*, Paris : LGDJ, 1998, p. 91.

45. ID., *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 214.

46. Cf. ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turin : Giappichelli, 1994, p. 92-94.

47. Cf. Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind* [1930], Londres : Stevens & Sons Limited, 1949.

48. *Ibid.*, p. 94.

49. Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 101.

50. ID., *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 250.

dans le but de rendre efficaces les règles juridiques ; [...] du haut vers le bas, on voit un ensemble de règles imposées afin de rendre possible l'exercice d'un pouvoir »⁵¹. En outre, s'il existe bien des normes auxquelles les sujets adhèrent spontanément, les normes constitutionnelles en font partie. On retombe alors sur l'argument précédent opposé au droit coutumier. Concernant le droit international, la majeure partie des juspositivistes nie qu'il s'agisse d'un droit au sens strict. Ainsi, rappelle Bobbio, John Austin le qualifiait de morale positive, et l'un des plus célèbres juristes italiens, Francesco Carnelutti, le considérait comme un droit embryonnaire.

Sur ce dernier point, le propos de Bobbio est assez discutable. Dans l'après-guerre, Kelsen a soutenu, par exemple, qu'« il est impossible de nier la validité générale du *bellum justum* »⁵². Autrement dit, un État ne peut en aggraver un autre, pour n'importe quelle raison, sans violer le droit international. Même si « il n'institue pas d'organe spécialisé pour la création et l'application de ses normes », qu'il est « encore en un état de décentralisation extrêmement poussée » comparable au « droit des sociétés primitives »⁵³, le droit international est bien du droit. Ses normes sont produites par les « membres de la collectivité juridique eux-mêmes », « par voie de coutume et par traités »⁵⁴.

Une thèse assez proche peut être trouvée chez un autre positiviste, Dionisio Anzilotti, d'après qui « les normes établies par la volonté concordante des États pour le règlement de leur conduite existent sans aucun doute »⁵⁵. La science juridique internationaliste a été conçue précisément pour étudier ces normes. Selon Anzilotti, elles sont souvent particulières et limitées à quelques sujets, mais leur « force obligatoire [...] dérive du principe que les États doivent respecter les accords conclus entre eux : *pacta sunt servanda* »⁵⁶. Ce principe constitue la norme fondamentale du droit international. C'est de cette norme fondamentale que les autres normes tirent leur force obligatoire. Cette norme fondamentale est indémontrable d'un point de vue juridique – démontrable peut-être à d'autres points de vue qui sont sans pertinence pour la science du droit –, comme le sont toutes les normes fondamentales des autres ordres juridiques. Ceux qui reprochent au droit international de ne pouvoir s'appuyer sur un authentique appareil coercitif, apte à faire respecter ces normes, refusent en réalité de reconnaître la légitimité et la spécificité de cette discipline. Ils souhaitent en finir avec le droit international lui-même. En suivant ce raisonnement, ne devrait-il pas être remplacé par le droit public interne d'un nouvel État mondial, un super-Léviathan – thèse soutenue, en l'occurrence, par Bobbio⁵⁷ ? Par conséquent, d'après Anzilotti, « il faut tenir pour dénuées de signification les objections dirigées contre l'existence du droit international et tirées

51. Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, op. cit., p. 76.

52. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 313.

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*, p. 314.

55. Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, vol. I, trad. G. Gidel, Paris : Recueil Sirey, 1929, p. 48.

56. *Ibid.*, p. 43-44.

57. Cf., sur la question de l'État mondial chez Bobbio, Jean-Baptiste LE BOHEC, *Norberto Bobbio et la question internationale*, Rennes : PUR, coll. « Philosophica », 2016, p. 341-357.

de l'absence dans ce droit de quelques-uns des caractères propres au droit interne »⁵⁸.

Un autre philosophe du droit, Roberto Ago, explique que le droit international « est le terrain classique des disputes portant non seulement sur sa positivité ou sa non positivité, mais même sur son existence ou sa non existence en tant que système juridique »⁵⁹, parce qu'il révèle l'ambiguïté au cœur même du concept de « positivité ». Parfois, « positivité » signifie droit effectif, en vigueur, effectivement appliqué et reconnu comme tel – auquel cas, le droit international semble bien exister comme système juridique. Parfois, il signifie droit établi, créé par des faits normatifs, des sources formelles, suivant ainsi « l'idée positiviste qui veut que chaque règle ait été produite par une "source" pour avoir une validité juridique »⁶⁰ – auquel cas, son existence est nettement plus problématique. Par exemple, l'une des sources qui paraît s'imposer, en droit international, pose problème : c'est l'activité de l'interprète. Comme le remarque Denis Alland, « pour beaucoup, l'existence d'un droit digne de ce nom [...] est pensée comme conditionnée par la "domestication" de l'activité d'interprétation »⁶¹. Par opposition, dans l'état de nature, état anti-juridique par excellence, « chacun est le libre interprète de ses droits ». Or, dans le droit international, « l'activité d'interprétation se voit plus qu'ailleurs »⁶². C'est l'interprète qui, en faisant émerger le sens d'un énoncé, semble produire la norme.

La mise en avant, par l'école réaliste, de l'activité créatrice du juge implique-t-elle la découverte d'une nouvelle source du droit ? Bobbio semble faire preuve, à l'égard de cette thèse, d'un certain scepticisme. Si nous donnons un sens strict au concept de source, alors nous devons considérer comme source du droit les faits producteurs de normes générales obligatoires. Dans ce cas, la décision du juge, lorsqu'elle est obligatoire à l'égard des parties, n'est pas générale, et lorsqu'elle prend la forme d'une énonciation d'une maxime générale, elle n'est pas obligatoire »⁶³ – et si elle le devient, c'est en vertu d'une coutume, et non du pouvoir propre du juge. Si nous donnons un sens large au concept de source, comprenant aussi bien les normes générales que particulières, la décision judiciaire devient bien une source du droit, mais simplement en tant qu'application d'une norme générale, et non en tant que pouvoir créateur. Et Bobbio de conclure : « Il faut faire attention à ne pas attribuer à la meilleure connaissance du mode de fonctionnement d'un système la vertu de modifier le système »⁶⁴.

Les normes permissives et attributives remettent-elles en question la théorie impérative du droit ? Pour Bobbio, en résumé, la permission de faire quelque chose

58. Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, op. cit., p. 47-48.

59. Roberto AGO, « Droit positif et droit international », *Annuaire français de droit international*, 3, 1957, p. 14-62, p. 40.

60. *Ibid.*, p. 30.

61. Denis ALLAND, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, 55, 2012, p. 85-102, p. 86

62. *Ibid.*

63. Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 102.

64. *Ibid.*

traduit la négation d'une interdiction de le faire, et la permission de ne pas faire quelque chose traduit la négation d'une obligation de le faire. Quant aux normes attributives, elles élèvent simplement le commandement du sujet vers les organes contraints d'accueillir la requête du sujet, de garantir son pouvoir. Mais il est aussi possible, comme Kelsen a pu le faire dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, d'intégrer les critiques, en substituant à la notion d'impératif celle de prescription, sans renoncer à la théorie positiviste du droit.

En revanche, selon Bobbio, les théories de la cohérence, de la complétude de l'ordre juridique, et de l'interprétation mécanique, ne peuvent sortir indemnes des attaques des écoles sociologique et réaliste.

Dans une communication de 1963, intitulée *Des critères pour résoudre les antinomies*, Bobbio souligne l'impossibilité de donner, parfois, la priorité à un critère – critères hiérarchique, chronologique ou de spécialité – sur un autre pour résoudre les antinomies. Il en conclut que « malgré le système de règles qui protège l'œuvre du juriste du danger de l'évaluation directe de ce qui est juste et de ce qui est injuste, il y a des situations ultimes où ce système ne sert à rien, où au contraire, il peut être gênant, et où il faut braver les difficultés à visage découvert »⁶⁵.

De même, Bobbio soutient que la prétention du législateur de donner naissance à un système de normes apte à résoudre tous les cas rencontrés par le juge n'est peut-être ni un idéal réalisable – auquel cas, en pourchassant cet idéal, on délégitime les autres sources et on s'expose à appauvrir le droit – ni même un idéal en soi – au sens où « la certitude du droit [...] n'est pas toujours un bien supérieur à d'autres biens, comme celui de la justice des décisions, que souvent l'attachement à la certitude retarde et entrave »⁶⁶.

Quant à la théorie mécanique de l'interprétation, Bobbio rappelle qu'elle n'a pu résister aux faits que lui a opposés la sociologie juridique, et qu'elle a été « abandonnée quasiment par tous »⁶⁷. Nuançant son propos, il ajoute que l'interprétation mécaniciste ne doit pas être totalement écartée, mais qu'il faut lui attribuer « la place qui lui revient, qui n'est pas d'être le reflet fidèle de ce qui se produit de fait dans les systèmes à prévalence législative, mais d'être une des attitudes possibles que le juge peut adopter face à des règles qu'il doit appliquer »⁶⁸.

Ces principes, néanmoins, ne sont pas tous aussi déterminants pour la théorie positiviste du droit. Les trois premiers – la coercition, la législation, l'impératif – sont au fondement de cette théorie ; les trois suivants – la cohérence, la complétude, l'interprétation mécanique – sont secondaires. Renoncer aux principes secondaires n'engage pas la théorie positiviste dans son ensemble. À ce titre, nous pouvons distinguer une théorie positiviste au sens large, qui se satisfait des trois premiers principes, et une théorie positiviste au sens strict, qui ne renonce à aucun des six principes. La polémique antipositiviste aura eu comme effet de rendre intenable cette compréhension trop stricte de la théorie positiviste du droit.

65. Id., *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 103.

66. Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, op. cit., p. 93.

67. Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 101.

68. *Ibid.*

V. Défense du positivisme comme méthode d'étude du droit

Afin d'élaborer une science juridique, l'accord sur la nécessité de prendre pour objet le droit en vigueur, et d'exclure le droit idéal, est assez large. Il rassemble, contre l'opinion des jusnaturalistes, aussi bien les positivistes que les réalistes. Comment, en effet, concevoir une science qui n'adopterait pas un point de vue factuel ?

À cette conception on a pu opposer quelques arguments : l'étude factuelle du droit serait peut-être nécessaire, mais insuffisante ; renoncer à la recherche d'une justification éthique reviendrait à réduire le droit à la force ; croire que le chercheur peut, devant son objet, être éthiquement neutre, serait une illusion. Aucun de ces arguments, d'après Bobbio, n'est convaincant.

Au premier argument, le philosophe rétorque que l'insuffisance dont on accuse la méthode positiviste est « voulue »⁶⁹. Une recherche factuelle n'a pas à offrir de critères éthiques pour justifier son objet. En outre, tout juriste a bien ses propres critères pour juger les faits qu'il étudie, « mais il ne les mélange pas à la recherche pour ne pas confondre des questions différentes »⁷⁰.

Au second argument, qui attribue à la méthode positiviste une tendance à réduire le droit à la force, nous pouvons répondre qu'elle « ne justifie pas plus la force que n'importe quel autre fondement que l'on voudrait attribuer au droit »⁷¹. En s'orientant à partir du principe d'effectivité des normes, la méthode positiviste peut tout à fait découvrir que le système étudié repose sur l'adhésion spontanée, ou bien que l'exercice de la force ne s'appuie pas, en ultime instance, sur un acte de force, mais sur un consensus – à l'instar du droit international. On ne peut donc, en l'utilisant, préjuger de ses résultats.

Le dernier argument, qui nie la possibilité pour le chercheur d'être neutre, semble se prévaloir du fait qu'une majorité de juristes ne croit plus à l'interprétation mécanique du droit, mais admet que cette activité implique des jugements de valeur. Là encore, la confusion règne : « Il faut distinguer le moment où le juriste fait du droit un objet de sa propre recherche et celui où il contribue à le produire⁷². » Pour créer le droit, le juriste peut faire également appel à des évaluations basées sur des principes éthiques, ce n'est pas en vertu de leur moralité que ces évaluations produisent du droit, mais parce qu'elles deviennent « des règles valides du système »⁷³.

VI. Quels résultats ?

Bobbio a toujours accordé beaucoup de prix à la capacité des chercheurs d'intégrer les critiques, de corriger leurs théories, voire d'y renoncer si nécessaire, lorsque les faits opposés sont étayés et les arguments pertinents. Mais il a également

69. *Ibid.*, p. 102.

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*, p. 105.

73. *Ibid.*

été d'une grande rigueur dans le dévoilement des visées idéologiques déguisées en critiques scientifiques.

D'après Bobbio, la polémique antipositiviste des jusnaturalistes n'a pas toujours été conduite en toute bonne foi. Les accusations les plus sévères étaient injustifiées, et dissimulaient mal la tentative de relancer le procès du libéralisme, de l'individualisme et du relativisme moral. Par ailleurs, la défense par Bobbio de l'idéologie positiviste présente l'intérêt d'avoir mis à jour les points de vue irréconciliables, mais aussi les possibles accords entre le positivisme juridique et le jusnaturalisme, dans leur version modérée.

Néanmoins, l'identification par Bobbio de la critique de l'idéologie positiviste à une tentative de « reconquête catholique », aussi forte fut-elle en Italie, est réductrice et pas vraiment satisfaisante d'un point de vue plus général. Des critiques portant sur l'attitude trop conciliante des juristes de culture positiviste face à l'État ont été formulées déjà avant la Seconde Guerre mondiale. Weber soulignait ainsi que « le dépérissement des implications métaphysiques du droit fait partie des développements idéologiques qui, s'ils intensifient le scepticisme à l'égard de la dignité de certaines règles précises de l'ordre juridique concret, favorisent dans une très large mesure, et avant tout parmi les praticiens du droit, la docilité effective à l'égard du pouvoir des autorités se prétendant légitimes »⁷⁴. Le sociologue avait bien vu que, en se transformant en purs techniciens du droit, les juristes positivistes pouvaient devenir des instruments très efficaces au service du pouvoir politique, aptes à remplir n'importe quelles fins.

Notons aussi que la sociologie positive de Weber, « frère jumeau »⁷⁵ du positivisme juridique d'après Catherine Colliot-Thélène, a essuyé des attaques comparables en Allemagne après la guerre. La philosophe évoque à ce titre le « débat dont l'enjeu est la signification, voire la responsabilité de la pensée politique wébérienne, du point de vue du devenir dramatique de la république de Weimar »⁷⁶. Jürgen Habermas, entre autres, lors du xv^e congrès des sociologues allemands de 1964, a reproché à Weber d'avoir « conçu l'idée d'une démocratie césariste des chefs fondée sur l'impérialisme des États nationaux contemporains »⁷⁷. Carl Schmitt, dont la sinistre réputation n'est plus à démontrer, pouvait être, de ce point de vue, considéré comme « un disciple légitime », voire « un "fils naturel" de Max Weber »⁷⁸, toujours selon Habermas. La critique adressée à la sociologie wébérienne s'est concentrée sur son analyse de la domination légale-rationnelle. Weber aurait, pour ce type de domination caractéristique de la modernité, assimilé la légitimité à la légalité, et confondu ainsi le caractère positif des lois avec la source d'où elles émanent : « La forme même de la légalité, c'est-à-dire le respect de règles

74. Max WEBER, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 280.

75. Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris : Éditions de Minuit, 1992, p. 238.

76. *Ibid.*, p. 229.

77. Jürgen HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Suhrkamp Verlag, 1982, p. 84-85, cité et traduit par Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, op. cit., note 39, p. 234.

78. *Ibid.*

explicitement codifiées, est ici créditée d'une capacité de légitimation immédiate⁷⁹. » Une fois cette assimilation accomplie, comment « faire le partage entre le juste usage et l'abus de pouvoir, dès lors que le pouvoir s'habille de formes légales »⁸⁰ ?

Peut-on se contenter de soutenir, avec Bobbio, que cette critique n'atteint que le « positivisme éthique extrémiste » ? Il semble difficile d'attribuer cette idéologie à Weber, qui s'est efforcé de tendre, dans ses analyses, vers une forme de neutralité axiologique. Les critiques adressées à la sociologie positive, semblables à celles dirigées contre le positivisme juridique, semblent avoir pour cible, plus encore qu'un système d'idées, une culture positiviste, voire un destin historique qui se confond avec le mouvement plus général du « désenchantement ». Le « rationalisme normativiste », amputé du droit naturel, devait inévitablement se convertir en un « fonctionnalisme sans principe qui use de formes légales comme d'instruments techniques de régulation sociale »⁸¹. À partir du moment où, dans la sphère du droit, la raison en valeurs, attachée à des principes, était progressivement remplacée par la raison finale, qui n'a de considération que pour les conséquences, cette métamorphose devenait inéluctable. Or, dans un monde où la tradition comme le divin ont perdu leur prééminence, le droit naturel incarnait la transcendance dont la culture juridique avait besoin. Une fois abandonnée cette transcendance, le droit devait nécessairement se réduire à l'état de pur instrument technique qu'un pouvoir totalitaire pouvait aisément soumettre à ses propres fins.

Les critiques précédentes peuvent cependant être toutes largement nuancées. Tout d'abord, Weber, dans sa *Sociologie du droit*, relève que l'esprit de résistance est loin d'être absent de la culture juridique positiviste. Parmi les techniciens du droit, « l'avocat [...] est le représentant le plus qualifié des non-privilegiés et plus spécialement de l'égalité juridique formelle »⁸². De même : « sous certaines conditions, les juges aussi se sont fortement opposés au pouvoir patriarcal »⁸³. Par conséquent, les juristes, formés au positivisme juridique, peuvent recueillir et donner forme à des revendications portées par des classes sociales qui, auparavant, les légitimaient en faisant appel au droit naturel. Plus généralement, note Weber : « Suivant que l'on insiste soit sur "l'ordre", soit sur la garantie et la sécurité que cet ordre accorde à chacun, c'est-à-dire la "liberté", les juristes peuvent, une fois la "régularité" de l'ordre accepté, se placer aux côtés des forces autoritaires ou bien aux côtés des forces anti-autoritaires⁸⁴. » Toute la question pour les juristes est de déterminer, à chaque fois, s'il faut considérer la loi d'abord « comme "règlement" ou comme "source de droits subjectifs" »⁸⁵.

79. Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, op. cit., p. 230.

80. *Ibid.* Pour un plaidoyer de l'époque en faveur de Max Weber, cf. Johannes WINCKELMANN, *Legitimität and Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen : J. C. B Mohr (Paul Siebeck), 1952.

81. *Ibid.*, p. 232.

82. Max WEBER, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 281.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

Nous atteignons là un point fondamental. Nous pouvons admettre que, sous l'effet de la progression spectaculaire des sciences, « nous sommes aujourd'hui condamnés au positivisme » – comme l'écrit C. Colliot-Thélène, résumant ainsi le constat de Weber face au processus de désenchantement du monde. Mais il s'agirait, tout d'abord, de ne pas négliger le fait que cela peut aussi constituer un progrès vers une connaissance plus objective, et notamment celle du droit. Ensuite, il faudrait se demander dans quelle mesure cette condamnation ne peut également constituer une émancipation. Comme le souligne C. Colliot-Thélène, lorsque « l'ordre juridique n'est plus conçu comme découlant d'une norme an-historique (la nature humaine, ou le fondement du pouvoir, du type contrat social), mais comme une technique de régulation sociale », il ouvre aussi un espace pour « des revendications contradictoires formulées par des groupements d'intérêts divers ». L'idéologie de l'État-providence n'est-elle pas née de ces revendications ? En d'autres termes, l'ordre juridique, tel que le conçoit le positivisme, permet le pluralisme, milieu au sein duquel peut – peut-être – se réaliser l'autonomisation du sujet. Or, en quoi ce projet pourrait-il traduire un abandon de l'esprit des Lumières ? N'en est-il pas l'héritier le plus légitime ?

Cette discussion semble, en réalité, tourner autour du rôle que la pensée spéculative peut encore assumer dans un monde où les faits sont objectivés, et où la méthode scientifique investit des espaces autrefois dévolus à la théologie et à la philosophie. Renoncer à penser un droit naturel immuable au-delà du droit positif conventionnel et changeant reflète, au niveau de la philosophie du droit, ce que Jean-François Kervégan décrit comme « l'abandon, de la part de la philosophie elle-même, de la tâche de fondation ultime des savoirs »⁸⁶. De ce point de vue, la position de Bobbio est assez claire, et se situe dans la continuité de Ludwig Wittgenstein, d'après lequel ce que la philosophie pense avoir perdu, ne lui a en réalité jamais appartenu. Bobbio n'est pas un penseur fondationnaliste, comme en témoigne sa critique de la recherche du fondement absolu des droits de l'homme⁸⁷. La production d'une conception globale de l'univers, l'unification des savoirs, « l'entreprise de fondation ou de déduction métapositive »⁸⁸ pour reprendre les termes de Kervégan, ne peuvent plus constituer un destin pour la philosophie aujourd'hui. Au contraire, l'exercice de l'esprit critique, l'apprentissage du doute méthodique et le travail d'éclaircissement des idées, afin d'offrir au public le « choix entre des alternatives historiquement délimitées et rationnellement intelligibles »⁸⁹, n'ont rien perdu de leur nécessité.

C'est peut-être cette adhésion au projet historique positiviste qui a rendu Bobbio plus sensible aux critiques des écoles réaliste et sociologique. Elles ont, d'après lui, atteint assez profondément la théorie positiviste du droit. Cette dernière ne pouvait, selon lui, intégrer ces critiques qu'au prix d'une sérieuse transformation. La

86. Jean-François KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, op. cit., p. 16.

87. Cf. sur ce point précis, Jean-Baptiste LE BOHEC, *Norberto Bobbio et la question internationale*, op. cit., p. 273-277.

88. Jean-François KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, loc. cit.

89. Norberto BOBBIO, *Né con Marx, né contro Marx*, Rome : Editori Riuniti, 1997, p. 41.

théorie positiviste du droit, au sens strict, comprenant les dogmes de la cohérence, de la complétude, et de l'interprétation mécanique, n'est plus recevable. Il subsiste cependant une difficulté, puisque Bobbio affirme que le principe de certitude juridique, qui implique la complétude, est « le point central, le cœur du cœur [...] du positivisme juridique »⁹⁰, et qu'il nous enjoint, dans le même temps, à renoncer à ce principe, en arguant que, dans certaines circonstances, la certitude s'oppose à « la justice des décisions »⁹¹. Peut-on encore défendre la théorie positiviste, même au sens large, tout en renonçant à son cœur, le principe de complétude, ainsi qu'à la priorité absolue de la certitude ? Bobbio semble le penser.

Enfin, Uberto Scarpelli remarque que « l'approche scientifique est ce que Bobbio se propose principalement de sauver »⁹². Il ne concède donc rien à ceux qui rejettent la méthode positiviste. Si l'on admet ce troisième sens du positivisme juridique, nous ne pouvons que lui donner raison. Néanmoins, pourquoi devrions-nous considérer ce sens comme propre au positivisme juridique ? Bien qu'il faille nécessairement reconnaître la valeur de cette méthode pour adhérer à la théorie positiviste du droit, et à l'idéologie positiviste, n'est-elle pas employée de la même façon, comme Bobbio le reconnaît lui-même, par le réalisme ou la sociologie juridique ?

Notons qu'il arrive à Bobbio de présenter ses propres positions sur le positivisme juridique de diverses façons. Dans ses leçons sur le positivisme juridique, Bobbio prend parti pour la version modérée de l'idéologie positiviste contre la version radicale, pour la théorie positiviste au sens large contre le sens strict, et pour la méthode positiviste dans son intégralité⁹³. Mais dans le recueil *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, il déclare : « Face au choc des idéologies, où plus aucune tergiversation n'est possible, et bien je suis jusnaturaliste ; à l'égard de la méthode, je suis, avec autant de conviction, positiviste ; pour tout ce qui a trait, finalement, à la théorie du droit, je ne suis ni l'un ni l'autre⁹⁴. » Comment comprendre ces divergences ?

Toutes ces divergences ne sont pas des contradictions. Souvenons-nous tout d'abord que les idéologies positiviste et jusnaturaliste modérées ne diffèrent pas de beaucoup. Précisons ensuite que Bobbio se dit adepte de l'idéologie positiviste modérée « en temps normal »⁹⁵. Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque « plus aucune tergiversation n'est possible » – pendant les années du fascisme et de la guerre, par exemple – la désobéissance au droit positif au nom d'un droit naturel supérieur peut tout à fait se justifier. Enfin, le fait pour Bobbio de se présenter comme un jusnaturaliste traduit son attachement aux droits de l'homme, même si leur fondement est pour lui historique et non naturel.

En revanche, le fait de professer la théorie positiviste du droit en 1961 (l'année du cours intitulé *Il positivismo giuridico*), pour la rejeter en 1962 (l'année de l'essai

90. ID., *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 214.

91. ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, op. cit., p. 93.

92. Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico ?*, op. cit., p. 89.

93. Cf. Norberto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 250.

94. ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 119.

95. ID., *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 250.

Giusnaturalismo e positivismo giuridico, paru dans le recueil éponyme), peut nous surprendre davantage. Reconnaissons que le rapport de Bobbio à la théorie positiviste du droit a beaucoup évolué. En 1950, il publiait un essai, « *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* »⁹⁶, véritable manifeste qui annonçait un programme auquel se référeront toujours Uberto Scarpelli et l'école analytique italienne de philosophie du droit⁹⁷. Il y rejetait les prétentions du jusnaturalisme et de la sociologie juridique à produire une science du droit, au profit d'une approche inspirée par le positivisme logique : « La jurisprudence, nous dit Bobbio, dans sa partie essentielle, est une analyse du langage⁹⁸. » Il proposait alors de purifier les propositions juridiques, de les rendre rigoureuses, de pallier les lacunes, de résoudre les antinomies, et de faire de l'ordre juridique un tout cohérent⁹⁹.

Mais déjà dans son cours de 1961, Bobbio renonçait à des pans entiers du positivisme juridique. Et, en 1977, au terme de sa réflexion sur la philosophie de droit, influencé par les progrès de la sociologie juridique, il souhaitait au contraire réintroduire une perspective téléologique dans la théorie du droit, en insistant sur la fonction de promotion des comportements désirables à l'intérieur de l'État-providence. Ces thèses nouvelles sont exposées dans *De la structure à la fonction*¹⁰⁰.

Ces hésitations reflètent bien l'insatisfaction constante que Bobbio a toujours manifestée quant à la théorie positiviste du droit, qui lui est pourtant apparue comme sans équivalent parmi les théories en concurrence. Son attitude au cours de cette polémique antipositiviste nous paraît illustrer sa position, ou mieux, son caractère, que David Soldini qualifie de « sceptique inquiet »¹⁰¹. Gageons que le fruit de cette inquiétude saura inspirer encore longtemps les chercheurs en philosophie du droit.

96. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, IV, 1950, p. 342-367 ; réédité dans Norberto BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, op. cit., p. 335-365.

97. Sur l'école analytique italienne de philosophie du droit, cf. Anna PINTORE, « Sur la philosophie italienne du droit de tendance analytique », *Droit et Société*, 23-24, 1993, p. 199-212.

98. Norberto BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, op. cit., p. 350.

99. Notons à ce sujet que cette perspective fructueuse a été probablement abandonnée trop tôt par Bobbio, et mérite qu'on y revienne. En réalité, c'est moins le positivisme logique des origines, celui du Cercle de Vienne et de Bertrand Russell, qui lui a permis d'envisager cette nouvelle épistémologie juridique, mais bien plutôt le second Wittgenstein, auteur des *Recherches philosophiques* (1953) et inspirateur de la philosophie du langage ordinaire. Sur cette question, cf. Jean-Baptiste LE BOHEC, « Bobbio, disciple de Wittgenstein. Philosophie du langage ordinaire et épistémologie juridique », *Droits*, 65, 2017, p. 201-213.

100. Norberto BOBBIO, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, trad. D. Soldini, Paris : Dalloz, 2012.

101. David SOLDINI, « Norberto Bobbio, un sceptique inquiet », *Droit et philosophie*, 7, 2015, p. 159-174.

■ L'auteur

Jean-Baptiste Le Bohec est professeur agrégé et docteur en philosophie, actuellement enseignant dans le secondaire, khôlleur et correcteur en classes préparatoires aux grandes écoles. Sa thèse a été publiée aux PUR : *Norberto Bobbio et la question internationale*, coll. « philosophica », Rennes, 2016. Parmi ses publications récentes : — « La responsabilité est-elle incompatible avec le déterminisme ? », *Archives de philosophie du droit*, « La Responsabilité », 63, 2022.