

SUR LES IMPASSES DU POSITIVISME JURIDIQUE

PROF. DR. PHILIPPE BÉNÉTON
[UNIVERSITÉ DE RENNES]

Le positivisme dit ceci: nous ne pouvons savoir ce qui est bien pour les hommes. Nous ne pouvons le savoir de source sûre, c'est-à-dire scientifique. La seule connaissance véritable est la connaissance scientifique dont le modèle est donné par les sciences de la nature. Les sciences de l'homme doivent se couper de la philosophie aussi bien que du sens commun. La méthode commande, elle rejette tout ce qui concerne le bien de l'homme hors de la cité de la science, c'est-à-dire dans la sphère des opinions.

La version positiviste des sciences de l'homme prend alors deux caractères: 1/ elle est minée par des contradictions internes; 2/ elle est *de facto* destructrice ou subversive. Le positivisme juridique n'échappe pas à ces contradictions et contribue à sa manière à cette subversion. En l'occurrence, la subversion est celle du Droit. Dans tous les cas, le principe en acte est celui du relativisme dogmatique.

1. Les contradictions internes du positivisme

Les règles de la méthode positiviste enferment les sciences sociales dans des contradictions insurmontables. Le projet positiviste bute sur des difficultés dont il ne peut sortir qu'en s'arrêtant en chemin ou en faisant comme si. Aller jusqu'au bout, ce serait abdiquer, ce serait souscrire à cette proposition:

la science positiviste se détruit elle-même. Par différentes voies, tout courant de l'épistémologie contemporaine prend acte de cette autodestruction de la raison positiviste et en tire un scepticisme radical: la science ne peut établir aucune vérité, à la limite la notion même de vérité n'a pas de sens. Le rationalisme positiviste débouche sur l'irrationalisme: «Everything goes» (P. Feyerabend). De façon générale, les sciences sociales n'ont pas cette cohérence, elles s'accommodent de leurs contradictions.

L'impossible extériorité. – Sous l'inspiration positiviste, la raison scientifique ou logico-expérimentale prétend se suffire à elle-même et conditionner le reste. La connaissance de la connaissance est autonome, elle est préalable à la connaissance des choses. Il s'ensuit que les sciences sociales achoppent sur ce sur quoi achoppe tout idéalisme: il faut un coup de force ou une aide extérieure pour passer de la pensée aux choses. Descartes a recours à Dieu, à défaut de l'évidence sensible. Elles butent aussi sur les limites de la logique: les règles du raisonnement ne peuvent établir leur propre validité. Descartes s'adosse à des évidences intellectuelles. Moins cohérentes ou moins scrupuleuses que Descartes, les sciences sociales font appel sans le dire à ce qu'elles récusent en principe: les évidences premières du sens commun.

La connaissance n'est jamais «immaculée», elle repose ultimement sur des vérités premières. Aristote, Pascal, Bergson parmi d'autres ont montré que toute démonstration s'appuie sur des propositions indémonstrables. Si la formule fameuse de Bachelard («Il n'y a pas de vérités premières, il n'y a que des erreurs premières») était vraie, tout le savoir scientifique s'écroulerait comme un château de cartes. Soit une démonstration mathématique. Le résultat n'est juste que si la démonstration l'est. Il faut donc démontrer la véracité de la démonstration. Mais cette seconde démonstration doit elle-même être démontrée et ainsi de suite. La démonstration

livrée à elle-même est toujours inachevée. La raison raisonnante, écrit Bergson, «est incapable de démontrer à elle-même sa propre véracité, car elle ne pourrait le faire qu'en usant d'elle-même, en raisonnant, et il s'agit justement de démontrer la légitimité du raisonnement: nous tournons dans un cercle» (*Cours*, Paris: PUF, 1960, p. 306). La démonstration ne peut aboutir que si s'impose l'évidence de sa validité. Faute d'avoir recours aux premiers principes intelligibles (le principe d'identité, le principe de non-contradiction, etc.) qui sont évidents par eux-mêmes et qui fondent la légitimité du raisonnement, rien n'est démontrable.

Soit une démonstration expérimentale. Elle repose comme la précédente sur des évidences intellectuelles, elle repose aussi sur des évidences sensibles: nos sens disent vrai quand ils disent l'existence de la matière, l'existence du bruit, l'existence de la lumière, etc. Que serait la science si nos sens n'étaient que des «puissances trompeuses», si l'œil donnait l'illusion d'une réalité qui n'existait pas, si le toucher n'atteignait qu'un mirage...? Nul ne peut prouver l'existence du monde extérieur. La science repose sur un acte de confiance. Ici comme précédemment, la certitude scientifique est seconde, elle est tout entière dépendante de la véracité d'une connaissance préscientifique.

Dans la pratique, les sciences sociales tiennent implicitement pour acquises ces vérités premières comme elles tiennent pour acquises mille choses qui n'ont pas été passées au filtre de la méthode, mais qui ont pour elles la force d'une évidence incontestée. Le «social scientist» construit-il son objet pour savoir s'il a un corps, si le passé a existé, si l'enquête appartient à l'espèce humaine, si les êtres humains peuvent se comprendre...? La confiance règne, à défaut de la science.

L'impossible neutralité. –La raison positiviste est en droit neutre entre les différentes «valeurs», elle est donc neutre entre l'ignorance et la connaissance, la probité intellectuelle

et la tricherie, la liberté de pensée et la tyrannie des consciences. Il s'ensuit qu'elle ne peut se justifier ni se gouverner elle-même. Pourquoi se consacrer à la science politique ou juridique? Le politiste ou le juriste est contraint au silence puisqu'il s'interdit tout «jugement de valeur». Et au nom de quoi cette interdiction? Le «social scientist» ne peut davantage répondre puisque la réponse est inavouable: au nom de la valeur de la connaissance scientifique, c'est-à-dire d'un «jugement de valeur». Le politiste ou le juriste tient implicitement la science pour bonne mais il ne peut rendre raison du choix de son activité. Il ne peut davantage rendre raison des règles morales de l'activité intellectuelle. Quel homme de science défendrait le fait de maquiller ses sources ou de fausser ses statistiques? Pourtant, si la probité intellectuelle ne peut se justifier devant le tribunal de la raison, au nom de quoi condamner les tricheries? Max Weber reconnaissait honnêtement que sa vie scientifique était fondée sur des jugements qu'il ne pouvait justifier scientifiquement. Cela ne l'empêchait pas de défendre avec passion sa conception du métier de savant et la règle de la probité intellectuelle. Mais son plaidoyer était sapé à la base par ce qu'il disait par ailleurs sur le subjectivisme des jugements de valeur.

Voici soudain dans un amphithéâtre un étudiant qui se lève et déclare: «Monsieur le professeur, j'ai l'honneur de vous faire savoir que j'ai bien assimilé les principes que vous nous avez enseignés (la raison ne saurait fixer une norme) et qu'au nom de ces mêmes principes, je récusé vos manières de faire. Vous jugez les copies selon ce que vous appelez leurs qualités de clarté, de rigueur, de précision, que sais-je encore? Au nom de quoi sinon de valeurs qui échappent à toute démonstration? Vos valeurs valent ce que valent les miennes et les miennes m'autorisent à vous dire ceci: si vous ne me mettez pas une excellente note à l'examen, j'aurai le regret de vous tirer les oreilles et de vous casser le nez. Ne me répondez pas surtout qu'il est mal de se conduire ainsi et

que la violence est répréhensible. Ce serait sortir de votre compétence et vous contredire vous-même». Que peut faire le professeur positiviste sinon prendre conscience mais un peu tard qu'il a joué les apprentis sorciers?

2. Le positivisme juridique et la négation du Droit

Semblable aux autres positivismes, le positivisme juridique entend construire une science sur le modèle des sciences de la nature. En l'espèce, il s'agit d'une science du Droit. Il s'ensuit que l'analyse doit se limiter à ce qui peut être démontrée analytiquement ou empiriquement. La science juridique s'intéresse à ce qui est, non à ce qui doit être. Dans cette optique récuser telle règle de Droit positif au nom d'une conception *a priori* du Droit dénote la pire confusion d'esprit: la négation de la réalité au nom d'une vue *a priori* contredite par l'observation (Carré de Malberg).

En conséquence, la théorie positiviste ne conçoit le Droit que sous la forme du Droit établi par les hommes, le Droit positif, en définitive celui créé et sanctionné par l'Etat. Elle s'oppose à la théorie du Droit naturel avec laquelle le constitutionnalisme avait partie liée. Dans sa version radicale, le positivisme considère que ce Droit naturel n'existe pas, dans sa version modérée que le Droit naturel n'est pas connaissable et qu'il faut par conséquent s'en tenir à ce qui est empiriquement observable, c'est-à-dire le Droit positif. Dans les deux versions, il admet que si le Droit positif est obligatoire, c'est seulement en raison de ses caractères formels, c'est-à-dire de ses procédures d'élaboration et de sanction, et non pas de la conformité de son contenu à un quelconque Droit supérieur. Il en résulte que le Droit constitutionnel doit être défini indépendamment de tout critère philosophique ou/et politique. Seuls sont pertinents les critères que dévoilent l'observation et l'analyse et qui n'engagent aucun jugement de valeur. Science oblige, les faits

commandent; que les règles positives soient bonnes ou mauvaises, ce n'est pas la question.

La conséquence est que le positivisme juridique aboutit à la négation même du Droit. Les positivistes sont impuissants – et les plus conséquents d'entre eux l'admettent explicitement – à fonder la légitimité du Droit. Ils ne peuvent répondre à la question du fondement du caractère obligatoire des normes constitutionnelles. La constitution exprime sans doute la volonté des constituants mais il n'existe aucune règle juridique qui prescrive de se conformer à la volonté des constituants. Le Droit des positivistes est sans attaches avec les idées de justice et de liberté, plus généralement il est délesté de toute finalité; en conséquence le positivisme ne peut justifier l'obéissance au Droit. Corrélativement il est impuissant à dire l'illégitimité des règles qui respectent les formes mais non les principes de justice et de liberté. Sur les décombres du Droit naturel, ne s'élève plus que l'Etat créateur de Droit. Peu importe le contenu des normes qu'il édicte, le juriste ne s'attache plus qu'au respect des procédures et des compétences, une fois le fait constituant accompli. Ce faisant, il vide le Droit de sa substance, il ne fait plus la distinction entre les véritables rapports de Droit et les rapports de forces maquillés en normes juridiques. Le positiviste traite le Droit comme un fait, n'est-ce pas en définitive une négation du Droit?

Prenons pour illustrer cette critique un exemple extrême sans soute mais à peine imaginaire. Soit un Etat dont la «constitution» se composerait des articles suivants:

Art. 1 : Tout le pouvoir appartient au peuple.

Art. 2 : La volonté du peuple s'exprime par la voix du Parti et donc par celle de son chef le camarade Moloch.

Art. 3 : Tout ce que le peuple permet est obligatoire, tout ce qu'il ne permet pas est interdit.

Art. 4 : L'article 3 n'est pas applicable dans tous les cas.

Art. 5 : Quiconque ne respecte pas les articles 3 et 4 est un ennemi du peuple; quiconque ne dénonce pas un ennemi du peuple est un ennemi du peuple; quiconque ne dénonce pas ceux qui ne dénoncent pas les ennemis du peuple est un ennemi du peuple: quiconque...

Art. 6 : Les ennemis du peuple se reconnaissent à leur art de se cacher.

Art. 7 : La présente constitution ne pourra être révisée que par une procédure spéciale, après élimination de tous les ennemis du peuple.

Ce texte est évidemment satirique mais au delà de la satire (de l'organisation politique d'un régime totalitaire), il illustre ce que peut être un faux Droit constitutionnel. Cette «constitution» n'a que l'apparence de la règle de Droit, elle définit un non-Droit puisqu'elle affranchit le pouvoir de toute règle et de toute obligation --et par là même elle dépossède les sujets de toute protection. Pourtant d'un point de vue strictement positiviste, il s'agit sans nul doute d'une véritable constitution. Peu importe la substance du texte, la vertu scientifique commande de s'en tenir aux formes même si celles-ci ne font que revêtir l'arbitraire et la force brute. Ou en termes plus violents: les bourreaux peuvent travailler en paix à l'abri d'une constitution formellement irréprochable, les juristes positivistes s'en lavent les mains.

L'exemple le plus remarquable que l'on peut donner de cette infirmité du positivisme est celui du grand théoricien Hans Kelsen. Sa théorie pure du Droit est une construction impressionnante, armée d'une grande puissance logique, mais elle reste ultimement bâtie sur du sable. Comment fonder le Droit positif ? Pourquoi obéir à la norme la plus élevée, c'est-à-dire la constitution? H. Kelsen a tenté de surmonter la difficulté en fondant la validité de la constitution non pas sur

la «force normative du fait» (Jellinek) mais sur une autre norme: la constitution logico-juridique –la norme fondamentale– qui est seulement présumée par l'observateur du Droit. Mais la difficulté n'est que reportée: quel est le fondement de cette norme fondamentale hypothétique qui enjoint d'obéir à la constitution *stricto sensu*? De fait dans la théorie de Kelsen comme dans toutes les formes de positivisme juridique, le fait commande: tout Etat est un Etat de Droit.

Kelsen a subi lui-même l'injustice des lois nazies. Exilé aux Etats Unis, il n'en a pas moins continué à enseigner sa théorie pure aux termes de laquelle l'Etat nazi était un Etat de Droit au même titre que la démocratie libérale. Kelsen était lui-même favorable à la démocratie mais en tant que théoricien du Droit, il légitimait la persécution. La même remarque vaut pour le régime de Staline. La théorie peut aveugler.

M. Michel Troper, disciple de Kelsen, a tenté d'échapper à ces conséquences du positivisme en soutenant qu'un lien existe entre le positivisme et la doctrine démocratique. Voici son argument:

«Le positivisme est fondé sur une méta-éthique anti-cognitiviste et relativiste. Les valeurs n'ayant pas d'existence objective, ne sont pas connaissables, de sorte qu'il n'existe aucun critère permettant d'affirmer la supériorité de certaines d'entre elles. Si un tel critère existait, il y aurait là un argument en faveur d'un système de gouvernement autoritaire, parce que le pouvoir doit évidemment être exercé par ceux qui possèdent la connaissance des vraies valeurs. Au contraire, si les valeurs ne sont que relatives, alors, il n'y a aucune raison pour que le pouvoir appartienne à tel groupe plutôt qu'à tel autre. Il faut alors que chacun soit, dans la mesure du possible, soumis à ses propres valeurs et aux normes qui les fondent, c'est-à-dire que chacun soit «autonome». Le seul système politique qui ait pour objectif l'autonomie est la démocratie.

On peut d'ailleurs prendre le problème sous l'angle de la morale individuelle. Si j'accepte la théorie du relativisme éthique, je suis contraint d'admettre que mes valeurs ne sont pas supérieures aux vôtres. Le relativisme éthique conduit ainsi à la tolérance, qui est la condition pratique du fonctionnement de la démocratie»¹.

Mais l'argument a une faille logique: les valeurs sont relatives, donc le relativisme fonde la tolérance, donc la tolérance vaut mieux que l'intolérance, donc les valeurs ne sont pas relatives. Le relativisme poussé jusqu'au bout ne peut rien fonder. Il interdit de trancher de quelque manière que ce soit entre les valeurs : on ne peut pas dire que telle valeur est supérieure à telle autre, on ne peut pas dire davantage que les valeurs sont égales car ce serait dire que la valeur de l'égalité prime. On ne peut dire que ceci: on ne peut rien dire.

Au fond le positivisme n'existe pas. Ce qu'on appelle positivisme n'est dans la pratique qu'un positivisme tronqué ou un relativisme dogmatique. La science fondée sur le relativisme échappe par grâce d'état à ce même relativisme. Qui est relativiste jusqu'au bout? On ne peut se passer de l'idée de Bien. «Respirer, c'est juger» disait Camus.

1. «Réflexions sur la théorie kelsénienne de l'Etat», *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 17, 1990, pp. 100-101.



Sr. Lluís Soldevila, Dr. Philippe Bénéton, Dr. Josep Monserrat.

COL·LOQUI

Josep Ylla: La deducció universal dels drets dels homes, com podem introduir-la en la vostra conferència?

Philippe Bénétou: Per a respondre al que em demaneu, cal fer primer de tot una distinció. Hi ha dues versions diferents dels drets dels homes: la versió substancial –la versió clàssica– i la versió formal o per defecte. Davant versions diferents dels drets, el criteri que hem de seguir és aquest: *cal tenir una versió dels drets que no en neutralitzi el contingut*, que no neutralitzi una determinada manera de viure. El dret natural clàssic ve a dir: l'home ben entès ha nascut lliure, però aquesta llibertat és ordenada; així, per exemple, té certament la llibertat d'expressió, però no per a dir qualsevol cosa sinó per a dir la veritat. La llibertat formal, en canvi, entén la llibertat com «fer el que vulguis», i aquesta llibertat sense ordre comporta la neutralització de totes les diferències; seguint l'exemple d'abans, és igual el que diguis o deixis de dir, perquè pots dir el que vulguis.

Responent, doncs, a la vostra pregunta, em limitaré a establir el fons del problema. El nostre món remet a la llibertat, a la igualtat i a la democràcia, però totes aquestes paraules són ambigües, perquè poden ser enteses des de dues concepcions diferents. Segons una primera concepció, «ser home» té un sentit determinat; segons la segona, «ser home» no té cap sentit determinat i, per tant, hi cap tot. Aquesta segona concepció, que podríem dir que és la concepció moderna radical, té conseqüències inacceptables. Podem caracteritzar aquesta segona opció com la que diu que l'home és l'amo del món (la primera ho negaria). La línia que hi duu passa per aquests tres moments: el dret natural clàssic afirma que hi ha una regla moral que ve de l'exterior, que posa límits a la meua llibertat perquè em diu que hi ha coses que no haig de fer; el bande jament de Déu porta aquesta regla a la consciència de l'home (Déu ha mort però la seva moral subsisteix); finalment, en la modernitat tardana, per exemple amb Nietzsche, ja no és solament Déu que es diu que ha mort, sinó que ara també es diu que ha mort la moral. Afirmar la mort de la moral és afirmar la moral de l'amo, que diu que només l'home dóna el sentit a allò que ell fa. Contra això, podem

notar que ni tan sols el criminal es defensa argumentant que el crim que ha comès constitueix simplement la seva tria...

Així, doncs, la defensa dels drets substancials de l'home passa per pensar les conseqüències de la seva negació. Sobre això, i per veure si aquesta defensa corre algun perill, cal dir que avui dia coexisteixen les dues versions d'aquests drets, la substancial i la formal.

Salvi Turró: Si he entès bé el vostre argument, en surt aquest esquema: per tal de fonamentar el dret, vós proposeu que és necessari recuperar la idea clàssica de Bé. El que no acabo de veure és si considereu totes les possibilitats. Perquè estic d'acord amb el que vós defenseu si no hi hagués més opcions que les dues que contempleu. Però potser hi ha una tercera opció, que podríem formular així. L'individu és lliure, però hi ha més d'un individu, i per això existeixen condicions necessàries d'exercici de la llibertat. En aquest cas, el fonament no és ni la transcendència ni l'empíric (la seva alternativa), sinó que són les condicions formals –transcendentals– de l'exercici de la llibertat, i això no és arbitrari.

Philippe Bénétou: Vós remeteu a quelcom raonable. L'apel·lació a les condicions necessàries per a l'exercici de la llibertat té sentit perquè volem la llibertat de tots. Però per què els febles han de tenir aquesta llibertat? La remissió al que és "raonable" ja constitueix una negació del relativisme: que l'individu hagi de ser raonable és ja l'afirmació d'un valor i és ja, doncs, la negació del relativisme. La tercera via de què parreu demana prendre l'altre com un fi i no com un mitjà; i aquesta demanda constitueix ja una defensa de cada home particular des d'allò que li és *superior*. Aquesta tercera via pot ser entesa, doncs, com una versió de l'opció que jo he defensat.