

LA DOCTRINE ET LE POSITIVISME
(à propos d'un article de Danièle Lochak)

PAR

Michel TROPER

Professeur à l'Université de Paris X

1. Disons-le d'emblée. On ne peut qu'être frappé et largement convaincu par l'accusation terrible que porte Danièle Lochak contre une partie importante de la doctrine juridique française à l'époque de Vichy : « La doctrine a participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy... La doctrine ne pouvait que renforcer la crédibilité de la législation antisémite... elle a facilité à sa façon la mise en œuvre de la politique antisémite de Vichy... contribué à son application sereine. »

Cette accusation comporte cependant deux aspects bien différents : le premier, historique, psychologique et sociologique, concerne les opinions manifestées par les juristes sous Vichy et en général la fonction délégitimation que remplit objectivement ce qu'on appelle en France la doctrine, spécialement dans un système politique moralement pervers. Sur cette question, ce qu'écrit Danièle Lochak est juste.

C'est le second aspect qui appelle un commentaire. Il regarde la question du rapport entre méthodologie juridique et éthique, une question qui se pose d'une manière particulièrement aiguë, lorsqu'on se trouve en présence d'un système politique et juridique odieux. Quelle attitude le juriste peut-il et doit-il adopter vis-à-vis de ce système dans l'exercice de son métier ? Doit-il et peut-il mettre une compétence professionnelle au service d'un sentiment moral et du point de vue de sa science prononcer une condamnation ou doit-il et peut-il se borner à une description neutre du droit en vigueur ? La thèse de D.L., simple et claire, est bien exprimée par le sous-titre de son essai, « les mésaventures du positivisme » : la seconde attitude est condamnable ; ainsi, la

doctrine juridique sous Vichy était positiviste et c'est précisément en raison de son positivisme qu'elle a connu ses « mésaventures ». « C'est au nom des principes positivistes que les juristes ont participé à la banalisation du droit antisémite, contribuant ainsi à légitimer la politique antisémite de Vichy. » Il s'agit donc d'une variante de la vieille accusation portée contre le positivisme, d'être une doctrine au service du pouvoir en place, quel qu'il soit. C'est cette accusation qui est injuste : si la doctrine juridique française a bien participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy, ce n'est pas parce qu'elle était positiviste, mais parce qu'elle ne l'était pas.

2.1. Dans sa version classique que D.L. ne reprend d'ailleurs pas à son compte, l'accusation était formulée de la manière suivante : en affirmant que le seul droit est le droit positif, que les seules obligations juridiques sont celles qu'impose le droit positif, les positivistes prêchent l'obéissance au pouvoir. Tel était en substance l'argument de Gustav Radbruch : les positivistes ne feraient que reprendre la devise : « Gesetz ist Gesetz » et auraient ainsi grandement facilité la mise en place et le fonctionnement du système nazi. La réfutation de la critique est aussi classique que la critique elle-même. On la trouve par exemple chez Alf Ross : avant de porter sur le droit, le positivisme est une métathéorie, une conception de la science du droit qui dérive de l'empirisme ; il s'agit de construire une science du droit sur le modèle des sciences empiriques, c'est-à-dire une science qui se borne à décrire le droit tel qu'il est non et non tel qu'il devrait être. Elle ne prescrit donc rien et s'il existe des auteurs qui prêchent l'obéissance au droit positif, ces auteurs ne sont pas des positivistes, mais des pseudo-positivistes¹.

2.2. Cependant, Danièle Lochak expose, quant à elle, une deuxième variante – beaucoup plus forte – de la critique. On peut la schématiser ainsi : même s'il ne prêche pas l'obéissance, le positivisme doit nécessairement décrire non seulement les normes en vigueur, mais les valeurs qui les sous-tendent et il fournit ainsi une justification de ces normes.

2.3. Pour affermir l'argument, elle se prémunit contre une défense possible, qui serait conçue sur le modèle de Ross : le positivisme se fonde sur le postulat d'une science pure de toute valeur. Il s'interdit lui-même tout jugement de valeur et prétend se borner à la pure description, mais on peut décrire des valeurs sans y adhérer. Or, s'il y a des cas où le juriste, visiblement, partage l'antisémitisme du législateur, il y en a d'autres, plus rares, où il paraît le réprouber et d'autres encore, où il paraît exposer les normes en vigueur de façon neutre, froide et objective. Les juristes qui adoptent l'une des deux premières attitudes ne seraient pas positivistes.

Danièle Lochak semble d'abord envisager d'accepter cette défense, puis la rejette. Elle envisage de l'accepter en posant la question « doit-on penser que les juristes trahissent les postulats positivistes en s'écartant du devoir de neutralité et d'objectivité qui s'impose à eux » ? ce qui paraît bien indiquer que les errements de la doctrine ne seraient pas imputables à un excès, mais à une insuffisance de positivisme. Les auteurs devraient être blâmés non pour leur positivisme, mais au contraire pour les libertés qu'ils prennent avec lui. Ils en prennent d'ailleurs en fait assez peu et Danièle Lochak l'admet : les

auteurs, écrit-elle restent neutres et cherchent « non à justifier l'œuvre du législateur, mais à mettre en lumière les raisons de son intervention ».

Mais, au bout du compte, elle rejettera l'argument, pour en arriver à sa critique décisive. Pour elle, les auteurs sont coupables non pas tant « d'avoir été des défenseurs zélés de la politique antisémite du régime », mais seulement d'en avoir été ce qu'en d'autres temps on aurait appelé des « alliés objectifs ». Autrement dit, même en restant positivistes, c'est-à-dire même en s'abstenant de porter des jugements de valeur et en se bornant à décrire, ils contribuent à légitimer la politique de Vichy. Voilà l'argument qui doit être discuté.

2.4. Mais auparavant et pour que le problème apparaisse avec toute la clarté désirable, il convient d'aller un peu plus loin qu'elle ne le fait, car elle semble concéder trop vite qu'il serait blâmable de s'écarter du devoir de neutralité positiviste et louable ou simplement pardonnable de s'y cantonner. Il faut à cet égard rappeler la signification de la neutralité axiologique du positivisme. Il ne s'agit en aucune façon d'une doctrine éthique. Il n'affirme pas que telle conduite est juste et telle autre injuste. Il ne formule même pas une éthique de la science et ne prétend pas que la seule attitude juste de l'homme dans le monde soit d'en donner une description scientifique. Il n'interdit pas non plus de porter des jugements moraux sur le droit positif. Il se borne à indiquer que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science. En d'autres termes, il consiste simplement dans l'énoncé des conditions permettant de caractériser un discours comme scientifique.

Par conséquent, s'écarter de la neutralité n'est pas une attitude moralement mauvaise du point de vue du positivisme juridique, parce que, de ce point de vue, aucune attitude ne peut jamais être caractérisée comme moralement bonne ou moralement mauvaise. Par contre, du point de vue moral qui est celui de D.L., il est juste de soutenir qu'il existe un devoir d'abandonner l'attitude positiviste et de combattre un système juridique pervers plutôt que de le décrire. Mais rien n'empêche d'ailleurs de combiner les deux attitudes et de décrire de manière neutre et objective un certain droit positif, que par ailleurs on réprouve et on combat.

Il faut donc conclure sur ce point que le juriste ne peut échapper au jugement moral en exhibant son positivisme, qui se situe sur un autre plan.

2.5. On peut donc à présent examiner la critique majeure de Danièle Lochak : même, lorsqu'ils restent positivistes, c'est-à-dire neutres, les juristes deviennent nécessairement des « alliés objectifs » du régime, car lorsqu'ils mettent en lumière la *ratio legis*, ils paraissent « reprendre à leur compte le raisonnement du législateur ». Ils n'expriment pas des valeurs seulement lorsqu'ils s'éloignent du positivisme et le « trahissent », mais aussi lorsqu'ils y adhèrent le plus étroitement, parce que pour décrire une norme, il leur faut énoncer les valeurs qui la justifient et qu'ils « semblent » ainsi, selon l'interprétation la plus bienveillante, adhérer à l'idéologie du législateur.

Ce qui fait la force de cette critique, c'est qu'elle renverse l'argument avec lequel les juristes ont l'habitude de justifier leur conduite : pour décrire le droit

en vigueur, il faut nécessairement indiquer quelles sont les valeurs dont le législateur s'est inspiré et l'on aurait tort de prendre cette description pour une adhésion. Or, pour D.L., c'est justement la description, donc l'attitude positiviste qui, même sans adhésion, contribue à légitimer ou « naturaliser » une politique.

On pourrait songer à réfuter la critique ou en atténuer la portée de deux manières. Danièle Lochak y a d'ailleurs elle-même songé. On peut d'abord soutenir que tout est affaire de formulation et qu'il suffit après tout que le juriste écrive au style indirect. Il montrera ainsi qu'il entend exposer les présupposés (axiologiques ou autres) du législateur, pour expliquer les dispositions en vigueur, mais sans prendre parti sur ces présupposés. Autrement dit, les juristes positivistes n'exprimeraient qu'une axiologie descriptive. De même qu'ils n'énoncent pas la norme « *il est obligatoire que p* », mais la proposition de droit « *il existe dans l'ordre juridique O une norme selon laquelle il est obligatoire que p* », de même ils n'exprimeraient pas leur préférence pour le jugement de valeur « *les juifs sont nuisibles à la société* », mais le jugement de réalité « *le législateur pense que les juifs sont nuisibles à la société* ». Ainsi, il suffirait d'examiner avec attention le style de l'auteur pour découvrir s'il partage ou non les valeurs du législateur.

La même défense peut être tentée sur une ligne plus avancée : après tout, un juriste qui décrit une norme ne prend pas la peine d'écrire dans sa forme intégrale la proposition de droit « *il existe dans l'ordre juridique O une norme selon laquelle il est obligatoire que p* ». Il se borne à écrire « *il est obligatoire que p* ». Les lecteurs tant soit peu avertis comprennent bien que le juriste n'ordonne rien et qu'il se contente de décrire une norme existante. De la même façon, pourrait-on dire – et certains ne se privent pas de cette auto-justification – quel que soit le style employé, lorsqu'un juriste paraît exprimer un jugement de valeur, tout lecteur averti sait qu'il décrit en réalité le jugement formé par le législateur, même si la forme linguistique qu'il emploie prête à confusion. C'est ce raisonnement que Danièle Lochak combat : la description des valeurs dont s'inspire le législateur, même si elle est faite dans un langage neutre, confère une « sorte de respectabilité » au droit et à l'idéologie qui l'inspire, car elle fait apparaître les normes juridiques positives comme les conséquences rationnelles d'une vision du monde et cette vision du monde elle-même comme susceptible de conduire à des conséquences rationnelles. Tout juriste qui prétend décrire le droit positif exerce donc objectivement une fonction de justification, quelle que soit la forme qu'il emploie et quelles que soient ses convictions propres. Il ne peut pas décrire les normes sans décrire les valeurs qui les inspirent, ni décrire ces valeurs sans les légitimer.

3. Danièle Lochak a raison : les mésaventures de la doctrine proviennent de son souci de décrire les valeurs présupposées par les normes. Mais pourquoi y voir l'application de la méthode positiviste ? Est-il vrai que la description du droit positif implique « l'explication », c'est-à-dire la description des valeurs qui le sous-tendent ?

Il faut à cet égard distinguer trois conceptions de la science du droit, qui toutes les trois se réclament du positivisme. Selon la première, la plus répan-

due, la science du droit, confondue avec ce qu'on appelle en France « la doctrine » et dans la tradition germanique, la dogmatique juridique a plusieurs tâches. Il s'agit d'abord de décrire simplement le fond des règles. Il suffit de formuler l'assertion que, selon le droit positif français du moment, les juifs sont exclus de telle et telle profession. La connaissance de ce qui a pu conduire à énoncer cette règle, l'idéologie du législateur, n'ajoute rien à la connaissance de la règle elle-même. Elle peut intéresser la sociologie ou la psychologie, pas la science juridique.

Mais la doctrine prétend remplir encore d'autres tâches. Elle veut aussi « comprendre » ou « expliquer » le fond du droit et d'autre part rechercher comment les règles pourraient s'appliquer à des situations explicitement prévues. Comprendre signifie ici à la fois reconstruire de façon systématique l'ensemble des solutions du droit positif en éliminant les lacunes et les contradictions et en faisant apparaître l'unité de l'ensemble. L'un des moyens d'y parvenir est de montrer comment toutes les règles positives se déduisent de quelques principes ou valeurs, explicites ou implicites dans le discours du législateur. Naturellement, comme il ressort de l'analyse de Danièle Lochak, les règles positives, qui reçoivent ainsi un fondement rationnel peuvent alors apparaître justifiées, en même temps que les valeurs mises en évidence par la doctrine et capables de servir de fondement aux règles positives sont à leur tour dotées d'une existence objective.

Quant à la recherche des solutions applicables à telle ou telle situation, elle signifie que soient formulées ou préconisées des normes, qui n'ont pas été énoncées dans la loi. Pour y parvenir, les juristes doivent se livrer à l'interprétation des textes et en faire dériver des normes particulières. L'interprétation, comme le choix des règles de dérivation, implique naturellement, que soient pris en compte les évaluations ². Un juriste de l'époque de Vichy ne pouvait déterminer si l'individu X devait être exclu de telle profession, qu'après avoir déterminé s'il était juif au sens de la loi et si la profession en question figurait au nombre de celles dont les juifs étaient exclus. Le choix d'une interprétation large ou stricte de chacun de ces termes dépendait notamment des valeurs sur lesquelles on se fondait. Il est clair qu'un juriste praticien devait nécessairement prendre en compte les valeurs du législateur, s'il s'agissait d'un juge, parce que tout autre choix l'aurait exposé à la censure des juridictions supérieures et s'il s'agissait d'un avocat parce qu'il devait indiquer à son client la norme qui serait formulée le plus probablement par le juge. Les professeurs de droit ont également compris – et comprennent encore – leur tâche de cette manière. Ils entendent guider le juge et l'avocat, notamment en leur indiquant la *ratio legis*, qui permettra d'interpréter la loi et d'en inférer quelque norme particulière. Ils conçoivent donc leur activité comme prescriptive, ce qu'une partie de la doctrine exprime en se présentant comme une *source du droit*, une autre comme une simple *autorité*. C'est parce qu'elle est prescriptive que la doctrine a besoin d'exposer des valeurs. Mais une doctrine prescriptive n'est pas positiviste et se situe même à l'opposé du positivisme.

Cette première conception, développée et systématisée aujourd'hui par le discours post-positiviste, a d'ailleurs été très violemment critiquée par les

auteurs appartenant au courant positiviste strict. C'est ainsi que Kelsen pouvait écrire : « La théorie du droit prétend devenir source du droit. Cela traduit les intérêts corporatistes des juristes qui, naturellement, n'éprouvent guère de satisfaction dans le rôle très modeste qui consiste à exprimer en concepts et à systématiser le droit positif, mais qui en trouvent à participer au processus de formation du droit : ils entendent ainsi acquérir une influence politique. Cependant, dans la mesure où ils enfreignent les principes du positivisme, admis – au moins jusqu'à une date récente – par la science moderne du droit, ils sont contraints de dissimuler cette tendance. Telle est la fonction idéologique de l'annulation des frontières entre le droit et la science du droit, entre la connaissance et son objet »³. La doctrine ne doit décrire les valeurs qui justifient les normes positives et en général la *ratio legis* que si elle entend exprimer des normes, qui régissent des situations non prévues par le législateur. Mais, on ne doit pas oublier ce truisme que le droit positif, c'est le droit posé et seulement le droit posé. Les normes que la doctrine prétend exprimer relèvent au contraire du droit non posé. En réalité, lorsqu'elle est ainsi conçue et pratiquée, elle ne sert qu'à produire des arguments visant à persuader le juge. Elle n'est pas un véritable métalangage et les juristes qui la pratiquent agissent en réalité, *de sententia ferenda*⁴. Ils ne sont en réalité que des pseudo-positivistes.

La conception positiviste stricte de la science du droit est toute différente : pour le positivisme, comme le disait Kelsen de façon lumineuse, l'objet de la science du droit, c'est le droit. Autrement dit, la tâche de la science du droit c'est la description du droit positif, la description des normes en vigueur et rien de plus. Et il s'agit du droit actuellement en vigueur, non du droit susceptible d'être posé dans l'avenir. Pour décrire le droit en vigueur, la connaissance des valeurs qui sous-tendent les normes est parfaitement indifférente. Le positiviste se satisfait parfaitement, si l'on peut dire, de l'assertion « selon le droit en vigueur, les juifs sont exclus de la fonction publique ». Cela ne permet ni d'« expliquer » le droit, ni de déterminer comment il faudra interpréter et appliquer cette norme dans telle et telle situation concrète, mais ces questions concernent seulement la pratique juridique et non la science du droit. La description de la norme reste vraie, même si l'on n'indique pas qu'aux yeux du législateur les juifs seraient incapables d'agir en vue de l'intérêt général. Cette indication supplémentaire peut être de quelque intérêt pour la psychologie du législateur, pour la sociologie du droit, pour l'histoire, pour la métaéthique, naturellement pour le praticien du droit. Elle est tout à fait inutile à la connaissance du droit proprement dite. Pour dire les choses brutalement, par définition, la *ratio legis* n'est pas la loi, ni le droit ; elle n'est même pas dans le droit, mais hors du droit.

Il y a une troisième conception, intermédiaire entre la position pseudo-positiviste et la position positiviste stricte, et qu'on peut rattacher au réalisme. Très grossièrement résumée, elle envisage elle aussi la science du droit sur le modèle des sciences empiriques, mais considère que seuls des faits empiriques peuvent faire l'objet d'une description. Or, les normes ne sont pas des faits. La description devra donc porter sur des comportements, notamment ceux des juges. Comme celles des autres sciences, les propositions de la science du droit

ne sont que des prédictions et c'est d'ailleurs en tant que prédictions qu'elles sont vérifiables ou réfutables. Énoncer une proposition de droit, c'est en effet prédire que, dans telle ou telle circonstance, un juge énoncera telle ou telle norme. La prédiction n'est possible que si l'on prend en compte tous les facteurs susceptibles d'influer sur les comportements du juge, non seulement les textes applicables, mais aussi les valeurs qui le conduisent à déterminer le choix du texte de référence, ou des méthodes d'interprétation. Cette science du droit accepte donc de prendre en compte les valeurs, contrairement à la science strictement positiviste, mais il subsiste deux différences fondamentales, avec la conception pseudo-positiviste : d'une part, on n'envisage pas seulement ici les valeurs du législateur, mais toutes celles qui, provenant de l'environnement politique, social, psychologique ou religieux peuvent exercer une influence. D'autre part, la prise en compte des valeurs ne se fait pas dans une intention pratique. Elle ne vise ni à persuader, ni à interpréter, ni à combler des lacunes, mais seulement à construire le raisonnement probable du juge, c'est-à-dire à énoncer une proposition réfutable. Les valeurs, le juriste les prend en compte, ou à son compte et se place, contrairement à la doctrine la conception pseudo-positiviste non d'un point de vue interne au système, mais d'un point de vue qu'on peut appeler externe-modéré⁵.

Il y a donc en réalité trois paradigmes fondamentalement différents et même inconciliables. Il est impossible d'énoncer ici tous les éléments du choix. Qu'il suffise de souligner que le premier seul correspond à la doctrine juridique française et implique la recherche, d'un point de vue interne, des valeurs qui fondent les règles et peut contribuer ainsi à légitimer le discours qui les véhicule. Mais quoi d'étonnant à cela ? On ne saurait évidemment imaginer qu'une activité qui se veut pratique présentât les caractères de neutralité axiologique qui sont ceux de la connaissance théorique. La véritable source de ce qu'on peut bien appeler la perversité de la doctrine sous Vichy réside en réalité dans le choix d'une épistémologie radicalement opposée au positivisme.

NOTES

1. Validity and the conflict between Positivism and Natural Law, in *Revista Juridica de Buenos-Aires*, 1961-IV, pp. 46-92.

2. J. Wroblewski, article « interprétation » ds A.-J. Arnaud (éd.), *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988.

3. La théorie générale du droit et le matérialisme historique, 1931, cité en italien par R. Guastini, I giuristi alla ricerca della scienza, ds *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, avril-juin, 1987, 179-195 (trad. fse M.T.).

4. R. Guastini, Production of rules by means of rules, ds *Rechtstheorie*, 17 (1986) S. 295-309.

5. Sur cette expression employée toutefois dans un sens légèrement différent, cf. M. van de Kerchove et F. Öst, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., Les voies du droit, 1988.