

## **Intervention de Jean-François Kervegan**

Lorsqu'on réfléchit à ce qui, philosophiquement, distingue le droit anglo-saxon et le droit « continental » \_ s'il existe quelque chose de tel \_ il est bon de se donner un modèle simplifié de l'un et de l'autre. On admettra donc que le droit anglo-saxon est un droit jurisprudentiel fondé sur la common law (bien qu'il ne soit pas que cela : la place du droit législatif, de la statute law n'est pas négligeable dans le droit britannique et américain) et que le droit continental est, notamment dans les pays qui ont été marqués par les principes de 1789, un droit législatif (bien que, dans ce cas, on ne doive pas non plus sous-estimer l'importance de la jurisprudence). Cette opposition est évidemment schématique, mais elle convient pour une première approche descriptive.

A première vue également, il semble se vérifier que le courant dominant de la philosophie anglo-saxonne, courant que l'on peut très grossièrement qualifier d'empiriste, est en harmonie avec le type de raison juridique que met en œuvre la common law, alors que le courant dominant de la tradition continentale, que l'on peut désigner comme rationaliste, est de nature à soutenir la vision « légicentriste » du droit qui y prédomine. Un auteur comme Friedrich Hayek, très critique à l'égard de la réduction du droit aux actes du législateur ou, dans son vocabulaire, du nomos à la thesis, insiste fortement sur la responsabilité du « rationalisme constructiviste » de tradition cartésienne dans la méconnaissance, en particulier dans le droit continental, de la vérité selon laquelle « le droit est plus ancien que la loi »<sup>1</sup>.

Certes, il faut faire un usage prudent de ce schéma qui n'est, comme tout schéma, qu'une simplification. On pourrait y objecter qu'il y a eu sur le continent de fameux défenseurs d'une conception jurisprudentielle du droit (pensons à Montesquieu, pour qui l'esprit des lois n'est pas à rechercher d'abord dans les intentions du législateur), et qu'un célèbre philosophe anglais comme Thomas Hobbes, qui est incontestablement un adversaire du rationalisme métaphysique, a vigoureusement défendu dans son Dialogue entre un philosophe et un juriste des Common Laws d'Angleterre (vers 1670), à l'encontre des vues du juriste Edward Coke, le primat des lois (statute) sur la common law. L'argument de Hobbes n'est pas seulement, comme on s'y attendrait, de nature politique : la loi

---

<sup>1</sup> Voir Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. I, PUF 1980, p. 87 sq.

est la forme évidente du droit parce qu'elle est un acte du souverain et que, dans la philosophie politique de Hobbes, le souverain, qu'il soit « un homme ou une assemblée », est l'unique auteur légitime du droit positif, et même l'unique interprète autorisé de la « loi naturelle », autrement dit des préceptes de la raison concernant les conditions d'une coexistence raisonnable des hommes au sein d'un commonwealth pacifique. A côté de cet argument, il en est un autre qui montre bien que le débat sur la nature et les formes du droit est un débat philosophique. Alors que le personnage du « Légiste » oppose à la « raison naturelle de tout homme » la « raison artificielle (...) obtenue par une longue suite d'étude, d'observation et d'expérience », raison dont la communauté des juristes, ces « graves savants » est le vecteur, le « Philosophe » affirme que « le droit en général », et pas seulement la statute-law, est l'œuvre de la seule et unique raison naturelle, dont le souverain est l'interprète légitime, car « ce n'est pas la sagesse, c'est l'autorité qui fait une loi »<sup>2</sup>. Et le Philosophe, Hobbes donc, de préciser ainsi sa pensée : s'il faut toujours et en tout point affirmer, contre « l'esprit de chicane » des juristes de profession, l'absolue suprématie de la loi écrite, c'est que « il est impossible qu'une loi écrite soit contraire à la raison » ; en effet, « ce qu'il y a de plus raisonnable, c'est que tout homme obéisse à la loi à laquelle il a lui-même donné son consentement » en acceptant de vivre au sein d'une république.<sup>3</sup> Ainsi, le philosophe anglais, matérialiste et adversaire de Descartes, se fait le porte-parole d'une conception que l'on s'accordera à considérer comme « continentale » du droit, et en s'appuyant sur un raisonnement que l'on pourrait qualifier de positiviste avant l'heure.

Je viens de prononcer le terme « positivisme ». Il convient peut-être d'accorder quelques instants à la conception du droit qu'il désigne. S'il est vrai (là aussi, c'est une simplification, mais elle ne paraît pas infondée) que le positivisme juridique est, depuis le 19<sup>e</sup> siècle, la conception du droit qui domine parmi les juristes, y a-t-il en son sein une différence d'approche entre « écoles » anglo-saxonne et continentale ? Le positivisme juridique repose sur le rejet de ce qu'on appelle traditionnellement droit naturel, c'est-à-dire de l'idée selon laquelle les principes fondamentaux du droit ne seraient pas de nature « positive »

---

<sup>2</sup> Hobbes, *Dialogue des common laws*, trad. Carrive, Vrin, 1990, p. 28-29.

<sup>3</sup> Hobbes, *Dialogue des common laws*, p. 89.

(comme les actes du législateur ou les sentences des juridictions) mais de nature purement rationnelle, en sorte qu'il serait donné à chacun, s'il fait bon usage de cette « raison commune » qui se trouve en chacun, de connaître ces principes rationnels et de juger en se fondant sur eux de la légitimité des normes du droit positif. On le voit aisément, une telle position théorique est compatible (comme celle à laquelle elle s'oppose, celle du « droit naturel ») aussi bien avec un système légicentrique qu'avec un système de droit jurisprudentiel. En revanche, il paraît évident que des formes différentes de positivisme se sont développées sur le continent et dans le monde anglo-saxon, afin de serrer au plus près la réalité des systèmes juridiques en vigueur ici et là. Comme disent les historiens du droit allemands, le *Gesetzpositivismus* (positivisme de la loi) est la figure dominante du positivisme juridique « continental », et singulièrement dans la tradition française : le droit, c'est d'abord la loi, et non pas une hypothétique (ou plutôt chimérique) « loi de nature », mais bel et bien la loi positive, la loi du législateur. Mais il ne faut pas oublier qu'il peut aussi exister un positivisme « jurisprudentiel » ; c'est celui qui s'est par exemple développé en Allemagne dans le sillage du fondateur de l'École historique du droit, Friedrich Carl von Savigny, dont on sait qu'il était un adversaire résolu de la codification à la française, notamment parce qu'elle réduisait considérablement la portée du droit savant, authentique porte-parole de l'esprit du peuple (*Volksgeist*). On voit ici qu'il convient de se garder de toute présentation sommaire. Savigny, représentant s'il en est de la tradition romaniste continentale, est un adversaire du « positivisme de la loi » ; en revanche, de l'autre côté de la Manche, le principal philosophe positiviste du droit du 19<sup>e</sup> siècle, John Austin (à ne pas confondre avec son homonyme oxonien du 20<sup>e</sup> siècle, le philosophe du langage), est l'auteur d'une « théorie impérativiste du droit » (ainsi que la nomme Herbert Hart, un des grands représentants du positivisme juridique au 20<sup>e</sup> siècle)<sup>4</sup> qui accorde (comme Hobbes...) une place centrale à la loi, aux statutes.

Toutefois, il n'est peut-être pas impossible, au sein même du courant positiviste, de distinguer non pas une variante, mais quelque chose comme un « style » anglo-saxon et continental. Je crois qu'on peut y parvenir en comparant, même schématiquement, l'entreprise des deux plus importants théoriciens positivistes du 20<sup>e</sup> siècle, Hans Kelsen et Herbert Hart. Kelsen, dans

---

<sup>4</sup> Voir H. L. A. Hart, *The concept of Law*, Oxford 1994, chapt. 2 (*Le concept de droit*, Bruxelles, p. 33 sq.)

sa Théorie pure du droit, propose l'image d'un système juridique clos sur lui-même, à l'image des systèmes formels construits par les logiciens, et dont la structure pyramidale repose sur « l'hypothèse logico-transcendantale » (un terme sciemment emprunté au vocabulaire de Kant) qu'est la « norme fondamentale ». Et, de même que dans un système formel bien construit il ne doit pas y avoir de propositions indécidables, c'est-à-dire d'énoncés dont on ne puisse établir la vérité ou la fausseté, on doit selon Kelsen pouvoir établir au sein d'un système juridique la validité ou la non-validité de toute proposition normative, sans jamais avoir à faire intervenir d'élément externe au système, comme par exemple un jugement moral sur ce que le droit devrait être. Il en résulte ce que Kelsen nomme une « conception moniste » du droit, selon laquelle la validité des normes des ordres juridiques étatiques repose en dernière instance sur le droit international.<sup>5</sup> Et cette conception appelle d'elle-même une « philosophie objectiviste »<sup>6</sup>.

A ce positivisme rigoureux (certains disent : rigide) qu'est le normativisme kelsénien, bâti sur le modèle systématique proposé par la théorie kantienne de la connaissance, Herbert Hart oppose ce qu'il baptise lui-même un soft positivism. Et ce positivisme souple, si on peut le nommer ainsi, ne cherche pas ses racines philosophiques du côté de la philosophie kantienne, mais plutôt dans la tradition empiriste et utilitariste, ainsi que dans la philosophie analytique. Hart conçoit le droit comme une « union de règles primaires et secondaires »<sup>7</sup> : les premières sont des normes matérielles (prescriptions, interdictions, licitations), et les secondes des règles permettant d'identifier la nature juridique ou non des règles primaires, de « reconnaître » ce qui est du droit et de le distinguer de ce qui n'en est pas (par exemple, des règles morales). Il propose de substituer au concept kelsénien de « norme fondamentale » l'idée de « règle de reconnaissance », celle-ci ayant pour but de « fournir des critères obligatoires permettant d'identifier les règles valides du système »<sup>8</sup>. Il en résulte une vision beaucoup plus souple du droit : à la représentation kelsénienne d'un système juridique clos, analogue à un système formel, Hart oppose l'idée d'un « texture ouverte » du droit ; celle-ci tient notamment au fait que le droit ne se situe pas au

---

<sup>5</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Eisenman, Dalloz, 1962, p. 436 sq.

<sup>6</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 450.

<sup>7</sup> Hart, *Le concept de droit*, chap. V, p. 103 sq.

<sup>8</sup> Hart, *Le concept de droit*, chap. V, note, p. 293.

« paradis des concepts », mais se développe au sein du langage naturel, dont il possède les caractéristiques d'indétermination ou de sous-détermination sémantique des expressions générales. On voit assez clairement que la divergence théorique entre les deux versions du positivisme juridique que proposent Hart et Kelsen recoupe celle entre la pratique juridique continentale et celle du monde anglo-saxon. Alors que la théorie kelsénienne de la pyramide des normes reposant sur son sommet, la norme fondamentale hypothétique, décrit de façon correcte un droit dans lequel la loi, et en particulier la loi constitutionnelle joue le rôle de fondement, la thèse de la « texture ouverte », outre le fait qu'elle s'appuie expressément sur les acquis de la philosophie analytique du langage (Hart était très proche du philosophe J. L. Austin, son collègue à Oxford, inventeur de la théorie des actes de langage), vise à décrire un droit dans lequel la décision judiciaire joue un rôle déterminant et où « la seule chose qui réussisse, c'est le succès »<sup>9</sup>.

Il me paraît intéressant que la même opposition entre un style anglo-saxon et un style européen qui peut être constatée en confrontant les deux versions du positivisme développées par Hart et Kelsen se retrouve dans les réactions anti-positivistes qui se sont produites dans les vingt ou trente dernières années. Ici, on peut prendre pour exemple les œuvres de Ronald Dworkin et de Jürgen Habermas. L'un et l'autre remettent en question le positivisme dominant au 20<sup>e</sup> siècle aussi bien dans le droit anglo-saxon que dans le droit continental. Mais alors que Dworkin oppose à ce qu'il nomme le « modèle des règles » la thèse selon laquelle le droit repose sur des principes de nature morale<sup>10</sup>, et développe à partir de là une vision herméneutique dans lequel le travail judiciaire est au centre de ce qu'il nomme la « chaîne du droit »<sup>11</sup>, Habermas propose une vision bien plus « européenne » du droit, centrée sur les droits fondamentaux et les principes de l'Etat de droit démocratique, dont il affirme qu'ils sont en droit et en fait indissociables : « les droits de l'homme et le principe de la souveraineté populaire constituent les seules idées à partir desquelles le droit moderne peut

---

<sup>9</sup> Hart, *Le concept de droit*, chap. VII, p. 188.

<sup>10</sup> R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, chap. 2, PUF 1977, p. 79 sq.

<sup>11</sup> R. Dworkin, *L'Empire du droit*, chap. VII, p. 250 sq.

encore être justifié »<sup>12</sup>. Faisant allusion à la fameuse image, proposée par Dworkin, du « super-juge » Hercule, Habermas fait observer que Dworkin « oscille entre la perspective du citoyen et celle du juge »<sup>13</sup>, alors qu'il convient de privilégier résolument la première dans la perspective d'un « patriotisme constitutionnel » pour lequel Habermas milite ardemment. Habermas s'oppose donc à Dworkin \_ dont il partage cependant le souci anti-positiviste de fonder le droit sur des « principes » \_ à la fois sur le plan philosophique et sur le plan proprement juridique. Sur le plan philosophique, il lui reproche d'en rester à un modèle « monologique » illustré par l'omniscience supposée du juge Hercule ; Dworkin pourrait aisément rétorquer à cette objection que son Hercule n'est, précisément, qu'une image, et que la conception illustrée par la métaphore du roman à la chaîne ne saurait être qualifiée de monologique, puisque précisément la « raison juridique » est incarnée par la collectivité des juristes. Mais il est certain que les modèles philosophiques qu'ils privilégient (un kantisme révisé grâce au « tournant linguistique » dans un cas ; une combinaison de philosophie analytique du langage et d'herméneutique de l'autre) sont profondément différents. Sur le plan juridique, l'opposition entre Dworkin et Habermas reproduit en quelque sorte celle que j'ai dégagée à propos de Kelsen et de Hart, et qui correspond une divergence culturelle forte entre la vision anglo-saxonne et la vision continentale du droit. Pour Habermas, comme pour Kelsen, le droit a une structure hiérarchique, et il importe de « remonter au fondement » (peu importe s'il s'agit de la constitution ou de l'ordre juridique mondial) ; c'est ce qui le conduit à poser que « la seule source de légitimité est la procédure démocratique par laquelle le droit est généré »<sup>14</sup>. En revanche, la conception dworkinienne de la law as integrity est, comme celle de Hart à laquelle elle s'oppose par ailleurs vigoureusement, en profonde consonance avec le caractère fondamentalement jurisprudentiel de la common law.

Que faut-il conclure de ces brèves remarques ? Il existe, d'évidence, des différences à la fois culturelles, politiques et philosophiques entre la vision du droit qui prédomine dans les pays anglo-saxons et celles qui prévaut en Europe continentale. Il convient toutefois de ne pas les exagérer. Sur le plan

---

<sup>12</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard 1992, p. 115 [*Faktizität und Geltung*, S. 129].

<sup>13</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, p. 244 [*Faktizität und Geltung*, S. 272].

<sup>14</sup> Habermas, *Droit et démocratie*, p. 478 [*Faktizität und Geltung*, S. ??]

philosophique, en particulier, il me semble que la multiplication des passerelles qui s'observe depuis quelques années entre philosophie « continentale » et analytique favorise un dialogue et même des convergences théoriques plus larges que celles qui pouvaient exister, disons, dans la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle. Il demeure, bien sûr, des différences importantes entre les deux traditions juridiques. Mais je n'ai pas le sentiment qu'aujourd'hui la source première de celles-ci soit à chercher dans une divergence philosophique majeure, dans la mesure où l'empirisme et l'utilitarisme ne dominent plus de manière incontestée la philosophie du droit anglo-saxonne, et où les paradigmes philosophiques « continentaux (par exemple le kantisme, si important pour la tradition allemande) se combinent désormais (par exemple chez Habermas) à des éléments empruntés à la tradition analytique. S'il est vrai, comme le souligne Otfried Höffe, que le droit a besoin de « principes catégoriques »<sup>15</sup>, ceux-ci s'énoncent aujourd'hui de manière plurielle et en des langages qui ne respectent guère les frontières traditionnelles.

---

<sup>15</sup> Voir O. Höffe, *Principes du droit*, Le Cerf, 1993.