

1^{re} édition

L'exposé des grands courants : des jusnaturalismes aux positivismes

**LES
CARRÉS**

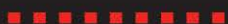
Alexandre Viala

L'essentiel
de la
Philosophie
du droit

Édition 2017

Gualino une marque de
lextenso

LES CARRÉS



Cette collection de livres présente de manière synthétique, rigoureuse et pratique l'ensemble des connaissances que l'étudiant doit posséder sur le sujet traité. Elle couvre :

- le Droit et la Science Politique;
 - les Sciences économiques;
 - les Sciences de gestion;
 - les concours de la Fonction publique.
-

Alexandre Viala, est Professeur à l'Université de Montpellier et Directeur du CERCOP.



© Gualino éditeur, Lextenso éditions 2017
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux cedex
ISBN 978 - 2 - 297 - 05390 - 7
ISSN 1288-8206

Suivez-nous sur



PRÉSENTATION

La philosophie du droit apparaît pour la première fois, en sa qualité de discipline académique nommément référencée, sous la plume de Hegel (*G.W.F. Hegel, Principes de la philosophie du droit, 1820, Paris, PUF-Quadrige, 2003, trad. J.-F. Kervégan*). Mais ce que l'on doit au philosophe allemand n'est en réalité que l'expression d'une branche de la philosophie qui, dans la tradition occidentale, remonte aux Anciens. Les philosophes grecs avaient déjà élaboré, à l'instar d'Aristote, une pensée juridique dont se réclament encore certains auteurs contemporains spécialistes de philosophie du droit. Cette discipline qui est demeurée, jusqu'à une période récente, relativement marginale dans l'enseignement des facultés de droit françaises, fait l'objet, ailleurs et depuis longtemps, d'un traitement similaire à celui dont jouissent le droit civil, le droit constitutionnel ou n'importe quelle autre branche du droit. En Italie, par exemple, la philosophie du droit, organisée au sein d'une section autonome, est une des voies d'accès, parmi d'autres, à la carrière universitaire dans les établissements d'enseignement juridique.

Cette discipline répond à un besoin sans la satisfaction duquel la science du droit, dénuée de conscience d'elle-même, ne serait pour les juristes, que ruine de l'âme pour emprunter à Rabelais ce qu'il disait de la science en général. Ce besoin qu'éprouve le juriste dans sa qualité d'observateur du phénomène juridique est du même type que celui qui anime le savant face au monde : c'est le besoin d'apaiser l'inquiétude métaphysique que suscitent les limites de la connaissance. De telles limites se ressentent dès que le spécialiste d'une discipline, aussi expert soit-il, est saisi de ce qu'on appelle l'étonnement philosophique. Un étonnement auquel n'est pas capable de répondre le discours de la technique et de la science. C'est alors à la philosophie d'intervenir comme l'a bien formulé Jean-Paul Sartre en s'interrogeant : « *pourquoi y a-t-il quelque chose plutôt que rien ?* ».

L'histoire de la philosophie du droit est l'histoire d'une querelle entre deux visions du monde : l'une substantialiste et l'autre relativiste. Cette *summa divisio* connaît déjà sa première illustration littéraire dans un extrait de l'œuvre de Platon : l'*Euthyphron*. Dans ce dialogue écrit par l'illustre fondateur de l'Académie, Socrate demande à Euthyphron ceci :

« *Le saint est-il aimé des dieux parce qu'il est saint ou est-il saint parce qu'il est aimé des dieux ?* » (Platon, *L'Euthyphron ou de la piété, Œuvres complètes, tome I, Gallimard, coll. La Pléiade, 1950, p. 351*).

En fondant l'attrait des dieux pour le saint sur sa sainteté intrinsèque, la première alternative est de type substantialiste (essentialiste) car elle repose sur le présupposé de l'existence d'une sainteté en soi. Des comportements ou des actions seraient, par essence, frappés du sceau de la sainteté. En fondant au contraire la sainteté du saint sur l'amour qu'il suscite chez les dieux, la seconde alternative est de type relativiste car en faisant de leur opinion subjective la source de la sainteté, elle fait de celle-ci, qui n'existerait pas en soi, une question d'autorité et non de vérité. Là où le substantialisme voit des entités indivisibles (des substances) qui sont ce qu'elles sont indépendamment de toute construction, le relativisme ne considère que des entités divisibles et forgées par l'esprit.

Ce célèbre dilemme dévoile sa pertinence dès qu'on s'interroge, par exemple, sur la qualité d'une décision démocratique : est-elle démocratique parce qu'elle est bonne en soi (conception substantialiste) ou est-elle bonne parce qu'elle a été adoptée par la voie formellement démocratique (conception relativiste) ? Le premier ordre de discours est animé par une approche substantialiste des valeurs selon laquelle la raison est en mesure d'établir une hiérarchie axiologique qu'il appartient au souverain de respecter. Selon cette approche, sera démocratique une décision dont le contenu porte sur des valeurs réputées, en soi, démocratiques. Le second type de justification relève d'une conception relativiste de la démocratie aux termes de laquelle la raison étant incapable de déterminer le juste et l'injuste, la légitimité d'un commandement ne peut reposer que sur l'autorité. En démocratie, cette autorité est celle du plus grand nombre.

Ce qui est valable sur le terrain de la philosophie politique prend racine dans cette dichotomie qui divise depuis leurs lointaines origines les deux grands courants de la philosophie du droit. Certaines doctrines, qu'on retrouve principalement – mais pas seulement – au sein du courant jusnaturaliste, sont fondées sur la conviction selon laquelle la raison est capable de connaître ce qui est juste *par nature*. La vision substantialiste du droit qui les anime repose sur une méta-éthique cognitiviste.

D'autres au contraire, qu'on associe généralement au courant juspositiviste, ont une conception plus pessimiste de la raison et lui dénie l'aptitude à connaître ce qu'est, en soi, le droit juste. C'est qu'en effet, un tel pessimisme épistémologique repose sur l'idée que le droit ne serait pas le reflet de la raison mais plutôt la traduction des émotions du législateur ou du juge. Le relativisme axiologique qui les caractérise se fonde sur une méta-éthique émotiviste.

Cet ouvrage a pour objet de présenter ces deux visions irréconciliables du monde, dont la pensée juridique est depuis toujours – et pour toujours – marquée. L'évocation de quelques courants de la philosophie du droit permettra de prendre la mesure de cet antagonisme. Dire *L'essentiel de la philosophie du droit* implique inévitablement des choix et des sacrifices. Ce sont les courants qui jouissent de la plus grande audience dans le débat doctrinal français qui seront dès lors traités dans cet ouvrage.

SOMMAIRE

Présentation	3
---------------------	----------

PARTIE 1

Les philosophies du droit substantialistes

Chapitre 1 – L'École classique du droit naturel	13
<i>1 – Un ordre naturel réputé normatif</i>	<i>13</i>
■ <i>Causalité/Imputation</i>	13
■ <i>Les deux fonctions du droit naturel</i>	14
<i>2 – La commode plasticité du droit naturel</i>	<i>15</i>
■ <i>Le masque de la nature</i>	16
■ <i>Une impasse épistémologique</i>	16
Chapitre 2 – Le jusnaturalisme moderne	19
<i>1 – L'universalisme du droit naturel moderne</i>	<i>20</i>
■ <i>Un droit naturel abstrait</i>	20
■ <i>L'émergence de l'individu</i>	21

2 – Le volontarisme du droit naturel moderne	23
■ <i>Contrat social et droit naturel</i>	23
■ <i>Le mythe de la rationalité du législateur</i>	24
Chapitre 3 – Le positivisme légaliste	27
1 – La réduction du droit à la loi	27
■ <i>L'École de l'exégèse</i>	27
■ <i>Le triomphe du formalisme juridique</i>	29
■ <i>Un vrai faux positivisme</i>	30
2 – La réification de la loi positive	31
■ <i>La diabolisation du juge</i>	32
a) <i>Le souvenir des parlements d'Ancien régime</i>	32
b) <i>Le vrai sens de l'expression « juge-bouche de la loi » : Hobbes contre Montesquieu</i>	34
■ <i>L'angélisation du législateur</i>	35
a) <i>Le double sens de l'inaptitude du législateur à errer : Hobbes contre Rousseau</i>	35
b) <i>Le Code civil, expression de la « rationalité du législateur »</i>	36
c) <i>Le Code civil démasqué par la sociologie naissante</i>	38
Chapitre 4 – Le positivisme sociologique	41
1 – L'inclination substantialiste du positivisme sociologique	41
■ <i>L'idéalisation du fait social</i>	41
■ <i>Une science juridique prescriptive</i>	42
2 – La dérive scientiste du positivisme sociologique	43
■ <i>L'influence du positivisme comtien</i>	44
■ <i>La dérive épistocratique du positivisme sociologique</i>	46

PARTIE 2

Les philosophies du droit relativistes

Chapitre 5 – Une épistémologie commune : la <i>wertfreiheit</i>	51
<i>1 – La wertfreiheit : une discipline méthodologique</i>	<i>52</i>
<i>2 – La wertfreiheit : l'héritage philosophique de la loi de Hume</i>	<i>54</i>
Chapitre 6 – Le normativisme	59
<i>1 – La Théorie pure du droit : une théorie relativiste de la science du droit</i>	<i>60</i>
■ <i>Une méta-théorie prescriptive</i>	61
a) Le culte de la description	61
b) La norme et la proposition de droit	62
■ <i>L'influence méthodologique du Cercle de Vienne</i>	63
a) Le rejet de la métaphysique	63
b) Le projet d'aligner la science du droit sur le modèle de toutes les autres sciences	65
<i>2 – La Théorie pure du droit : une surestimation de la spécificité du droit</i>	<i>67</i>
■ <i>Un positivisme sans positivité</i>	67
■ <i>Kelsen, disciple de Kant</i>	69
■ <i>L'impasse épistémologique du normativisme</i>	70
a) Le dogme kelsénien de l'autonomie du droit	70
b) La définition kelsénienne de la norme	71
■ <i>Le recours transcendantal à la grundnorm</i>	72
a) Une fiction et non une hypothèse	73
b) L'impasse théorique du dogme de l'autonomie du droit	75

Chapitre 7 – Le réalisme juridique	77
<i>1 – L'influence de la philosophie analytique</i>	77
<i>2 – La théorie réaliste de l'interprétation</i>	80
■ <i>Les limites de la théorie normativiste de l'interprétation</i>	80
a) Une dualité illusoire : interprétation scientifique/interprétation authentique	81
b) Une distinction opératoire : le texte et la norme	83
■ <i>Le juge, entre liberté normative et contraintes juridiques</i>	85
a) L'interprétation comme acte de volonté	86
b) La théorie des contraintes juridiques	87
Chapitre 8 – Une démarche commune : la construction d'une théorie du droit	91
<i>1 – Le problème épistémologique du juriste</i>	92
■ <i>L'identité sémantique entre la norme et la proposition de droit</i>	92
■ <i>La dimension idéale des normes</i>	94
a) La causalité comme gage de scientificité du discours savant	94
b) L'imputation comme obstacle à la scientificité du discours juridique	95
<i>2 – L'approche constructiviste de la théorie du droit</i>	97
■ <i>Voir le divin dans la chose</i>	97
■ <i>L'écart salutaire entre les niveaux de discours</i>	98
■ <i>Illustrations</i>	99
Bibliographie	101

Les philosophies du droit substantialistes

PARTIE 1

Chapitre 1	- L'École classique du droit naturel	13
Chapitre 2	- Le jusnaturalisme moderne	19
Chapitre 3	- Le positivisme légaliste	27
Chapitre 4	- Le positivisme sociologique	41

En se servant d'un idéal axiologique, quel qu'en soit le contenu, pour prescrire au nom de la science ce que le droit positif devrait être, le juriste qui entreprend une démarche substantialiste se fonde sur le présupposé aux termes duquel les valeurs sont susceptibles d'être vraies ou fausses. Qu'il soit naïvement assumé ou habilement utilisé, ce préjugé repose sur l'idée que la science du droit peut non seulement décrire les valeurs lorsqu'elles sont formellement traduites dans les normes du droit positif, mais également les prescrire en établissant entre elles une hiérarchie. Il s'agit là d'un présupposé cognitiviste, selon lequel les valeurs sont susceptibles de connaissance.

Quatre grands courants de la pensée juridique incarnent cette posture prescriptive. Quatre discours différents utilisent, au service d'un idéal spécifique, le même sceau de la vérité dans le but d'établir une discrimination entre ce que devrait être le droit et ce qu'il ne devrait pas être. Cette instrumentalisation de la vérité a été successivement accomplie, dans l'histoire occidentale, par les penseurs du droit naturel ancien (1), par l'École moderne du droit naturel (2), par le légalisme de l'École exégétique (3) et par les tenants du positivisme sociologique (3).

L'École classique du droit naturel

Chapitre 1

Dans l'Antiquité gréco-romaine, les Anciens prêtaient à la nature une dimension normative, à l'exception notable des sophistes qui formèrent, à l'instar de Protagoras selon qui « l'homme est la mesure de toute chose », une dissidence conventionnaliste consistant à séparer, avant même la naissance du positivisme juridique, nature et convention (physis et nomos). Par-delà cette dissidence, le droit naturel ancien était donc tenu, sous l'égide de la philosophie dite réaliste d'Aristote, pour un droit directement créé par la nature.

Dans l'esprit des Anciens, la nature faisait des lois. L'ordre naturel des choses était ainsi réputé normatif (1) au terme d'un raisonnement qui a pu justifier, de façon commode et efficace, des idéaux éthiques et politiques (2).

1 Un ordre naturel réputé normatif

Du point de vue de la théorie de la connaissance, le droit naturel relevait, dans cette perspective ancienne, d'une confusion entre le donné et le construit. Cet attelage baroque qui mêle la causalité et l'imputation trouve son origine dans deux types d'explication dont le mécanisme dévoile les deux fonctions du droit naturel.

■ Causalité/Imputation

Rappelons d'abord que la causalité est un mode de compréhension du monde qui définit, en son sein et dans le plus strict déterminisme, des relations entre ses éléments factuels. Elle établit les rapports qui se nouent, dans le monde, entre les éléments dépourvus de conscience. Portant sur

des données objectives, elle énonce **ce qui est** au moyen de corrélations savantes du type *si A est, B sera*. En revanche, l'imputation est un mode de connexion qui relie, dans le monde, tout ce qui est livré à l'aléa de la volonté. Portant sur des données subjectives produites par l'exercice du libre arbitre, elle définit **ce qui doit être** au moyen d'énoncés du type *si A est, B doit être*. La première définit une régulation aveugle de la nature par des lois scientifiques quand la seconde, au contraire, influence la conduite responsable des êtres humains par des règles normatives qu'on rencontre essentiellement dans l'univers juridique.

L'idée, chère aux Anciens, qu'il existât un « droit naturel » s'inscrit donc dans le cadre d'une confusion qui sera éminemment utile pour toute posture substantialiste consistant à faire passer pour du donné, un idéal quelconque relevant, en tant qu'idéal, de l'ordre du construit.

Chez les Anciens, la « loi » naturelle n'est pas seulement présentée comme une régularité au sens que les Modernes prêteront aux lois naturelles qui renvoie à la notion de loi causale ou scientifique, mais elle est aussi perçue comme un ordre normatif, comme la traduction d'une volonté immanente à la nature et ce pour deux raisons :

- soit par méconnaissance du principe de causalité du fait d'un état rudimentaire des connaissances scientifiques ;
- soit à des fins politiques bien calculées à vocation essentiellement conservatrice.

Et c'est dans le cadre de cette seconde hypothèse, où les lois naturelles sont conçues comme des processus de justification politique, que se dessine très nettement l'arrière-pensée de toute doctrine substantialiste : la Nature est convoquée dans la Cité pour arbitrer des questions d'ordre éthique ; elle est prise à témoin, on s'en sert, on la prétend apte à commander afin de pouvoir justifier tel ou tel choix, tel ou tel idéal d'ordre politique.

■ **Les deux fonctions du droit naturel**

On explique d'abord cette confusion entre le donné et le construit en la mettant sur le compte de l'ignorance. Elle serait le produit de l'indigence des connaissances scientifiques de nos lointains ancêtres. Cet état primitif du savoir permet de comprendre aisément et avec indulgence la confusion à laquelle se livraient les Anciens entre l'aveugle déroulement des choses naturelles et l'expression d'un programme éthique adressé à la Cité.

Au détour d'un développement consacré au « principe d'imputation dans la pensée des primitifs », Kelsen en a rendu compte dans des pages célèbres de la *Théorie pure du droit* lorsqu'il attribua un tel syncrétisme à la méconnaissance du principe de causalité : c'est l'époque, explique-t-il, au sein des peuples primitifs mais également dans l'Antiquité, où le principe de causalité ne s'est pas encore émancipé du principe d'imputation. C'est ainsi, rappelle-t-il, qu'une catastrophe naturelle, une mauvaise récolte ou une chasse infructueuse sont interprétées normativement, et non

causalement, c'est-à-dire comme des châtiments de la nature infligés à une tribu ou une cité qui se serait mal comportée tandis qu'une bonne récolte ou de bons résultats à la chasse sont regardés comme des rétributions, des récompenses.

Il s'agit, à chaque fois, en raison de l'obscurité des connaissances et comme pour conjurer l'angoisse du mystère d'une nature non encore causalement dévoilée, d'enchanter celle-ci en l'interprétant, de façon anthropomorphique, selon le principe d'imputation. L'obscurantisme qui entache alors le savoir, lié à la méconnaissance de la causalité et à la confusion entre naturalité et moralité, est même allé jusqu'à porter les hommes, notamment au Moyen Âge, à faire des procès aux animaux. Nous autres, Modernes, rangeons cela d'un œil amusé dans le domaine de l'histoire, maintenant que nous ne rendons responsables que des êtres libres, c'est-à-dire des êtres arrachés à l'empire de leur naturalité et que nous n'accordons au contraire les « circonstances atténuantes » qu'à ceux qui, à l'instar de l'animal et du fou, ne sont pas libres et agissent dans un « état second » sous l'empire de leur nature inconsciente.

Mais cette confusion des sphères naturelle et normative – et là réside la seconde hypothèse qui permet de comprendre le mode épistémologique qui caractérise toute philosophie du droit de type substantialiste – n'est pas à mettre seulement sur le compte de l'ignorance et de l'obscurantisme. L'argument jusnaturaliste consiste à dissimuler une prescription éthico-morale derrière le masque de la nature. Comme le soulignait le doyen Georges Vedel, le droit naturel est d'une commode plasticité.

2 La commode plasticité du droit naturel

On présente trop souvent le contexte politique des Anciens comme étant dominé par l'hétéronomie et l'objectivisme, c'est-à-dire comme un ordre qui est certes immanent à la nature mais transcendant par rapport à l'homme. Or, il convient de ne pas se méprendre sur la signification de cette transcendance. Elle n'est en réalité qu'un effet d'annonce car derrière cette régulation réputée juste et objective, se cache toujours un ordre arbitraire créé par des hommes dont l'intérêt est de couvrir une subjectivité qu'ils n'assument pas en se servant du masque de la nature. Celle-ci se révèle, dès lors, d'une commode plasticité. De sorte que le jusnaturalisme ancien n'est pas seulement le résultat d'une naïve confusion de la causalité et de l'imputation mais il est parfois aussi, au contraire, le produit d'une habile dissimulation de l'imputation derrière la causalité qui résonne comme une impasse épistémologique.

■ *Le masque de la nature*

L'homme pré-moderne savait ce qu'il faisait en interprétant normativement et en reconstruisant mentalement les phénomènes naturels : il s'agissait pour lui non pas seulement de suivre et de se plier à la nature mais surtout de conserver l'ordre établi en faisant passer sa subversion pour un geste contre-nature. Autrement dit, cette confusion de l'ordre naturel des choses avec l'ordonnement normatif des êtres, ce finalisme, cette dérive consistant à prêter des intentions et un programme à la nature n'avait d'autre fonction que celle d'une idéologie conservatrice. De même qu'à l'inverse – mais le procédé sera identique – l'instrumentalisation de la nature s'opérera plus tard, aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, notamment chez Sade, au service d'un libertinage au nom duquel le fait de se livrer à la concupiscence serait conforme à ce que nous dicteraient nos organes naturels. Mais au Moyen Âge et bien au-delà, à l'époque d'Aristote, le donné et le construit demeureront surtout confondus au nom d'une idéologie conservatrice.

Quelques exemples fameux illustrent cette inclination à se servir de la nature à des fins idéologiques. Ainsi en est-il de la justification de l'esclavage chez Aristote fondée sur la loi « naturelle » du plus fort ou de l'interdiction du suicide chez saint Thomas et dans l'Église catholique fondée sur la loi « naturelle » de l'instinct de conservation. La faille de telles inférences normatives tirées de l'observation de la nature et le défaut d'objectivité des lois naturelles qui en découlent peuvent être mis en évidence en faisant valoir qu'il est possible, *a contrario*, de justifier l'euthanasie en se fondant, statistiques du suicide à l'appui, sur l'existence de personnes enclines à se donner la mort pour éviter de poursuivre leur existence dans des conditions qu'elles jugent insupportables. À moins de nier, ce qui n'aurait pas de sens, la réalité de tels comportements suicidaires, il est donc permis de conclure que ces inférences normatives faites à partir de relevés d'ordre factuel et statistique, peuvent aboutir à l'énoncé de normes éthiques contradictoires.

L'inférence jusnaturaliste qui consiste, comme toute doctrine substantialiste, à invoquer le *sein* à l'appui du *sollen*, c'est-à-dire un argument de fait (ce qui est) pour justifier une conclusion éthique (ce qui doit être) se présente donc comme une impasse.

■ *Une impasse épistémologique*

La nature est cet objet non normatif dont la dimension purement causale offre au discours normatif du juriste qui l'invoque, une façade de vérité. Ce faisant, en impliquant la nature dans une démarche normative qui relève du jugement de valeur déguisé en jugement de réalité, le juriste prête à la nature une normativité qu'elle n'a pas en projetant sur elle ses propres idéaux. Il transforme le statut de la nature en lui imputant une volonté de la façon la plus digne de la démarche métaphysique. Bien des idéologies conservatrices ont ainsi pu trouver dans la nature,

des Grecs anciens jusqu'à la scolastique médiévale (réhabilitée au xx^e siècle par les travaux de Leo Strauss et de Michel Villey), une formidable ressource argumentative.

La nature a ainsi récemment fait l'objet d'une vigoureuse et habile instrumentalisation argumentative dans le discours de certains juristes qui étaient hostiles, en 2013, au projet de loi ouvrant le droit de se marier aux personnes de même sexe. Un lien était établi entre l'ordre naturel de la reproduction qui exige l'union d'un homme et d'une femme et l'institution matrimoniale, celle-ci ne pouvant, sur le plan normatif, qu'être ce que la nature exige qu'elle soit : hétérosexuelle. Le Conseil constitutionnel a néanmoins validé la loi en rejetant cet argument au motif « *que doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme* » (Cons. const., n°2013-669 DC, 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Rec., p. 721).

Mais la démarche a pu également servir à justifier, de façon réversible, des idéaux progressistes et humanistes comme en atteste le triomphe, jusqu'au xix^e siècle, du jusnaturalisme moderne.

Le jusnaturalisme moderne

Chapitre 2

Ce qu'on appelle le jusnaturalisme moderne présente des caractéristiques opposées à celles qui définissent l'École classique du droit naturel. Quand celle-ci, de facture conservatrice, déniait à l'homme toute aptitude légitime à construire une société qui braverait les hiérarchies et les inégalités dictées par le déterminisme naturel des choses, le jusnaturalisme moderne s'affiche au contraire comme un humanisme. Depuis l'École du droit de la nature et des gens fondée par Grotius (1583-1645) au ^{xvi}^e siècle jusqu'au rationalisme de Kant (1724-1804) au siècle des Lumières, le jusnaturalisme moderne défend une conception revisitée du droit naturel. Celle-ci repose en effet sur une perception de la nature qui la fait passer pour aveugle et muette, dépourvue de finalité et réduite à une juxtaposition de phénomènes desquels il est logiquement impossible d'extraire des valeurs.

Ne trouvant plus son siège dans le *cosmos*, ce droit naturel « nouveau » revêt alors des contours bien différents qui ne résultent plus d'une démarche contemplative mais trouve sa source dans un décret de la Raison. Postulant, de façon artificialiste et dans un élan humaniste, une égalité abstraite entre les individus, il *décète* comme naturels les droits subjectifs de ces derniers sans reconnaître à la nature la moindre objectivité normative. À rebours de la philosophie d'Aristote, une telle acception renferme en elle tous les germes du volontarisme. Pour comprendre cette filiation entre le jusnaturalisme moderne et le volontarisme juridique, il convient impérieusement de projeter le regard sur ce qui constitue le centre de gravité des théories modernes du droit naturel : l'individu.

La construction conventionnelle de cette figure abstraite et universelle permet de saisir la différence qui sépare le droit naturel ancien du droit naturel moderne. Parce que cette figure fut totalement ignorée du premier et sa construction exclusivement imputable au second, tout oppose les

deux « moments » du jusnaturalisme. En cessant de l'arrimer aux éléments du monde sensible et sublunaire pour le loger dans l'univers idéal et transcendantal de la raison du sujet, la philosophie moderne a renversé le droit naturel qui devient, *a contrario* de ce qu'il était chez les Anciens, un droit naturel de facture universaliste et volontariste. Mis au service de la figure centrale de l'individu, l'universalisme (1) et le volontarisme (2) sont les deux mamelles contradictoires mais corrélatives dont se nourrit le droit naturel moderne et sur le terreau desquelles germera le positivisme juridique.

1 L'universalisme du droit naturel moderne

Le droit naturel moderne est d'abord un droit universel. Il suffit de convoquer la logique pour saisir l'évidence de cette caractéristique. Dès l'instant, en effet, où le droit n'est plus indexé sur la nature des choses, il perd toutes les qualités dont celle-ci était réputée l'alimenter. Chacun convient qu'à l'instar des climats et des reliefs, la nature est riche, contingente et variée. En se délestant d'une telle luxuriance et d'une telle diversité, le droit naturel moderne n'a plus la consistance du droit naturel ancien. Il gagne en légèreté. Sa vacuité accroît son degré d'abstraction et garantit son universalité. Voilà un droit qu'il est désormais impropre de qualifier de « naturel » et préférable, à l'exemple d'Emmanuel Kant, de regarder comme « rationnel ». Un droit dont l'intemporalité et l'immutabilité ne sont pas imputables à une quelconque substance sensible dont il est littéralement dépourvu, mais à son caractère intelligible et désincarné, symbole d'une Raison moderne et universelle à laquelle le monde situé ne saurait opposer le moindre particularisme.

■ Un droit naturel abstrait

Pareille invariance était inconcevable chez les classiques tenants du droit naturel ancien pour lesquels, à l'instar de Saint-Thomas d'Aquin (1224-1274), le droit n'est pas rigide mais lié à la mouvance et à la hiérarchie des êtres. Il est corrélatif à la nature des choses à laquelle il est censé s'adapter et s'ajuster. Au relativisme (souple) du droit naturel ancien, s'oppose l'universalisme (rigide) du droit naturel moderne.

L'un des auteurs les plus critiques à l'égard de cet universalisme fut Michel Villey (1914-1988). Dans la préface qu'il rédigea pour la traduction française de la *Doctrine du droit* d'Emmanuel Kant (*trad. A. Philonenko, Vrin, 1971*), le juriste français, nostalgique d'Aristote, exprimait son incompréhension devant le rationalisme abstrait de la conception kantienne du droit naturel. Il pourfendait l'idée qu'on puisse penser le droit en raison pure et non, comme s'y employaient les Anciens, à partir de l'observation des réalités empiriques de la nature. Il stigmatisait une philosophie spéculative et universaliste qui isole la science juridique de tout contact avec les sciences de

la nature et qui refuse de tirer de la richesse de l'être, des conséquences normatives. Il dénonçait la méthode transcendantale de Kant consistant à postuler des principes universels d'égalité formelle indépendamment de toute considération tirée de la diversité des choses. Il regrettait le relativisme et la souplesse d'un droit naturel ancien, censé reproduire l'indomptable variété du *cosmos*.

C'est au demeurant ce relativisme qui a empêché l'émergence, dans le monde antique et médiéval, d'un droit international, c'est-à-dire un droit cosmopolitique fondé sur l'hypothèse d'une nature humaine commune à toutes les nations. Le *jus cogens*, uniformément valable entre tous les États qui sont réputés détenir, par-delà leur diversité, la même valeur juridique, est le pur produit abstrait de l'École moderne du droit naturel. Il n'avait jamais pu être envisagé à l'époque où le monde des Cités grecques tenait pour barbare tout ce qui lui était étranger. Il faudra attendre l'œuvre de Hugo Grotius pour connaître les premières conditions de possibilité pour penser le droit international lequel ne peut être conçu qu'en termes de droit naturel moderne et universel.

Mais l'abstraction et le rationalisme du droit naturel moderne ne sont pas hermétiques au relativisme. Il s'agit d'un relativisme éthique éminemment subjectiviste qui ne rentre en aucun cas dans les schémas de pensée du droit naturel ancien. La souplesse du droit naturel ancien ne profitait qu'aux groupes et aux communautés à l'exclusion de l'individu. Inexistant en tant que tel, celui-ci demeurait plongé dans une hétéronomie qu'alimentait le particularisme de la collectivité dans laquelle il est absorbé. Pourfendu notamment par une partie de l'Église catholique dominée par la tendance néo-thomiste des idées de Jean-Paul II, le relativisme moderne profite au contraire à l'individu qui est libre de caler égoïstement son mode de vie sur les valeurs de son choix.

■ *L'émergence de l'individu*

Dans la logique du droit naturel moderne, les communautés s'effacent au profit de l'individu. Ce relais est principalement l'œuvre d'une importante doctrine à laquelle est associée l'histoire du jusnaturalisme moderne : le nominalisme. Apparu au ^{xiv}^e siècle sous l'impulsion d'un moine franciscain d'Oxford, Guillaume d'Occam (1285-1347), cette philosophie nouvelle considère que les universaux sont dénués de réalité empirique. Les entités collectives que les Anciens réputaient indivisibles depuis Aristote (la famille, la cité et toute autre communauté tenue pour naturelle), ne sont que des substances, aux yeux de Guillaume d'Occam qui reproche à Aristote de les considérer comme indépendantes des individus qui les constituent. Le moine anglais dé-substantialise les universaux pour les regarder comme de simples concepts inventés par le langage. Ce sont des *noms*. Voilà en quoi le *nominalisme* de Guillaume d'Occam qui se présente, d'une certaine manière, comme une préfiguration de la philosophie analytique, ne voit que des mots là où

Aristote apercevait des réalités. La seule réalité qui compte, aux yeux de Guillaume d'Occam, est l'entité *ut singuli* et non le genre ou l'espèce qui n'est qu'une classification intellectuelle.

Voilà pourquoi, également, le nominalisme préfigure l'empirisme qui n'attachera de réalité qu'aux éléments singuliers. Voilà dans quelle mesure, enfin, le *réalisme* d'Aristote dont Saint-Thomas d'Aquin assurera le relais médiéval, est un substantialisme totalement étranger à l'empirisme puisqu'il prête une *réalité* à des entités que le nominalisme reléguera dans le monde des idées. Le nominalisme est un *idéalisme* qui tourne le dos à la métaphysique réaliste d'Aristote pour annoncer, avec quelques siècles d'avance, l'empirisme. Dans sa logique, seul l'individu s'impose extérieurement à la conscience du sujet avec la force de l'évidence.

Précurseur de l'individualisme, le nominalisme porte alors en germe des effets politiques considérables qui devront attendre le XVIII^e siècle pour être traduits dans le droit positif. L'individu est ainsi appréhendé indépendamment de son enracinement communautaire et considéré comme livré à lui-même. Accédant à l'autonomie, il baigne dans un universel abstrait que la philosophie rationaliste des Lumières érige au rang de garantie de l'humanité. Mais ce coup de force théorique, accompli sur les ruines de la métaphysique aristotélicienne des universaux, se fait au prix d'une nouvelle métaphysique, celle du droit naturel moderne. Issu de la philosophie nominaliste qui a déconstruit les universaux en tenant pour purement conceptuel ce que les Anciens tenaient pour réels (la famille, la Cité et toute autre communauté humaine), le jusnaturalisme moderne assure la promotion et la réification d'un nouvel universel : l'Homme. L'emblématique fondateur du nominalisme, Guillaume d'Occam, aura réussi à substituer, au crépuscule du Moyen âge, une entité abstraite à toutes celles qu'il a su éradiquer. Parti en croisade contre la métaphysique d'Aristote, il aura contribué à l'émergence d'une nouvelle métaphysique : celle des droits de l'Homme.

Les universaux sont des fictions agissantes dont la fonction est de satisfaire les exigences morales qui ont le privilège de triompher à une époque donnée. Il va de soi qu'entre les valeurs qui prévalaient au sein des sociétés holistes de l'Antiquité et du Moyen âge et la période moderne où les rapports sociaux sont structurés autour de l'individu, la figure de ces universaux a changé. Si le nominalisme n'est pas venu à bout de la notion d'universel en laissant se développer la figure fictionnelle de l'Homme, il aura néanmoins réussi à la faire éclater. De pluriels qu'ils étaient, les universaux ont fini par implorer pour n'apparaître qu'au singulier sous une forme qui mérite, bel et bien, la qualification d'universel.

Chacun reconnaît derrière les lignes théoriques d'un tel scénario, l'évolution historique qu'a empruntée avec une particulière clarté le modèle politique français, troquant son ancienne répartition en ordres contre une société atomiste et jacobine au sein de laquelle les corps intermédiaires se sont effacés pour laisser l'individu seul face à l'État. L'individu est maintenant considéré de façon abstraite comme une monade isolée et décontextualisée dont la valeur ne dépend plus

d'une quelconque appartenance communautaire ou d'un quelconque patrimoine héréditaire. À la diversité concrète des communautés naturelles qui régulaient le vivre-ensemble, il s'agit d'opposer une logique universelle et abstraite dans laquelle l'individu, arraché à sa livrée, ne peut compter que sur la volonté (étatique) pour obtenir les gages d'une existence pacifique et soustraite au chaos. Nous apercevons la dimension volontariste de ce nouveau droit naturel.

2 Le volontarisme du droit naturel moderne

Au relativisme communautaire du droit naturel ancien, l'universalisme du droit naturel moderne oppose et cultive une autre forme de relativisme. Il s'agit alors d'un relativisme *éthique* qui se déploie à l'échelle de chaque individu. Libéré de ses vieilles tutelles communautaires que l'universalisme moderne a fait voler en éclat, le sujet se retrouve livré à lui-même et l'autonomie dans laquelle, désormais, il baigne souverainement, l'autorise à définir sa propre morale et à conduire son existence selon sa propre échelle de valeurs. À l'encontre de la logique du relativisme ancien dans lequel les communautés culturelles enfermaient l'individu, celle du relativisme éthique des Modernes libère le sujet dont l'autonomie prend la forme d'un invariant qui transcende les horizons particuliers où l'individu évolue concrètement. Le relativisme axiologique qui s'en suit s'organise ainsi sous l'égide d'une libre concurrence éthique qui n'oppose plus des groupes mais des consciences individuelles. Elle revêt les allures d'une « guerre des dieux » qu'a su théoriser au ^{xx}e siècle Max Weber, convaincu de l'inaptitude de la Raison à arbitrer les conflits entre les valeurs.

■ Contrat social et droit naturel

Cette autonomie absolue dont jouit l'individu émancipé de ses chaînes communautaires et abandonné à la vacuité d'un droit naturel abstrait et universel, entraîne des conséquences importantes du point de vue de la théorie générale du droit et de l'État. On les découvre en grande partie sous la plume de Thomas Hobbes (1588-1679) qui est le représentant le plus illustre des doctrines du contrat social. Dès le ^{xvii}e siècle, le contractualisme politique se place en effet au cœur de la logique du jusnaturalisme moderne. Hobbes se présente d'ailleurs ouvertement comme un nominaliste et s'efforcera à son tour de contribuer à la liquidation de l'héritage philosophique d'Aristote. Le contrat social est ce pacte fictif auquel sont supposés avoir souscrit, par un acte souverain de volonté, des individus soucieux de sortir de leur chaos originel. En proie à leurs appétits égoïstes qui les livrent les uns contre les autres au sein de l'état de nature, les hommes auraient aliéné, par un acte raisonnable de volonté, toutes leurs libertés naturelles et subjectives au profit d'un tiers impartial, souverain et dépositaire de l'autorité de l'État. À l'ordre naturel auquel Aristote prêtait une normativité objective, Hobbes oppose l'état de nature a-normatif. À la Cité que

les Anciens réputaient naturelle, il oppose le contrat social qui n'est que le fruit d'un calcul et d'une volonté. En somme, l'état de nature est l'autre nom de la contribution hobbesienne à la déconstruction nominaliste des universaux : le philosophe anglais dé-substantialise la nature au sein de laquelle nul ne sait ce qui est juste et injuste en soi. Il lui substitue un agrégat d'individus qui devront confier à l'État, par le contrat social, le soin de définir les valeurs. L'objectivité de celles-ci, toutes relatives les unes par rapport aux autres, ne peut être qu'artificiellement garantie par l'État.

Dans la parfaite continuité du volontarisme hobbesien, la voie vers laquelle pareil relativisme éthique conduit l'individu est alors celle du légicentrisme. Quand l'auteur du *Léviathan* présentait dans son œuvre maîtresse, en 1651, l'autorité de l'État comme le fruit d'un calcul rationnel que l'homme effectuait pour sortir d'un état de nature livré au choc de droits subjectifs soustraits à toute normativité objective, il annonçait le tropisme légicentriste de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Quand il renversait l'ordre des priorités en réputant naturels non plus le droit objectif, désormais conçu comme un *artefact*, mais les droits subjectifs dont l'absolutisme permettra à chaque bénéficiaire d'en livrer sa propre et relative définition, il dessinait les contours de l'étroite complicité entre le relativisme des Modernes et le volontarisme étatique. En clair, quand le droit naturel revêt une tournure définitivement et universellement abstraite, le vide substantiel qui en résulte est aussitôt comblé, conformément à la logique de l'appel d'air, par l'instrument de la loi positive. Tel est l'intrigant paradoxe dont se nourrit pareille complicité objective entre l'universalisme dans lequel les droits de l'homme sont réputés s'inscrire et le relativisme éthique qui en découle et dont profite la loi : décrété par la raison, cet universalisme qui s'affiche en 1789, libère les consciences individuelles de leurs vieilles et pesantes livrées pour les plonger en même temps dans un relativisme et un vide axiologiques que seule la loi peut artificiellement conjurer.

■ **Le mythe de la rationalité du législateur**

Le volontarisme étatique est donc le prolongement logique d'un universalisme qui arrache l'individu à ses racines communautaires pour le livrer à lui-même. L'État supprime la nature dans son rôle d'instance régulatrice dont l'individu, devenu citoyen, ne saurait se passer. Mais fort de ces prédispositions volontaristes, le droit naturel moderne va finalement faire l'objet d'une réification digne des postures les plus symptomatiques du substantialisme juridique. Cette contradiction résume toute l'histoire du droit naturel moderne. Entamée à la fin du Moyen âge à l'époque du tournant nominaliste, la modernité juridique est d'abord empreinte, rappelons-le, de volontarisme. Elle est ce moment de la pensée juridique qui repose, à rebours de l'aristotélico-thomisme qui irriguait l'occident depuis l'Antiquité gréco-romaine jusqu'aux premiers temps de la chrétienté

médiévale, sur la relativité des valeurs et la dissociation de l'être et du devoir-être. L'anti-essentialisme qui la caractérise et que résume parfaitement la conclusion de Thomas Hobbes selon qui c'est *l'autorité* et non *la vérité* qui fait la loi, trouve son parachèvement dans le légalisme du XIX^e siècle. Par le renvoi systématique à la loi auquel elle procède pour favoriser la mise en œuvre concrète des droits naturels subjectifs dont elle postule l'existence, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, consécration historique du tournant moderne du droit, témoigne du succès, en France, de ce discours relativiste et cartésien selon lequel la vérité est inaccessible à l'expérience sensible. Étrangère à toute démarche cognitiviste, la préservation des droits naturels subjectifs de l'homme ne devait pas être, dans l'esprit des révolutionnaires, directement confiée au juge sans que la société ne coure le risque de sombrer dans l'insécurité juridique, mais à la loi exclusivement.

Pourtant, dès cette époque – et c'est un des aspects de la dialectique de la modernité – aux lendemains de la Révolution française, un tel terreau subjectiviste sur lequel fleurira plus tard le discours républicain et souverainiste, réputé de tradition positiviste, devait s'alimenter d'un discours faisant appel à la Raison. C'est qu'il fallait fonder la légitimité d'un Code civil qui cachait mal ses orientations sociologiquement marquées au service des intérêts de la bourgeoisie triomphante. La Nature des Anciens ayant été détrônée de son statut d'étalon indisponible, le droit naturel moderne qui plaçait l'Homme au centre de l'univers juridique, ne pouvait faire l'économie d'une nouvelle référence. C'est la Raison qui allait parer de ses vertus la loi étatique que le tournant philosophique moderne range pourtant dans le monde volitionnel et irrationnel de la subjectivité. Ce curieux retournement par lequel, sous la bannière de la Raison, le positivisme légaliste du XIX^e siècle allait finir par figer et réifier la loi qui n'est pourtant rien d'autre qu'un instrument déontique marqué du sceau de l'impureté axiologique et de la contingence, trouve son explication dans la stratégie de classe des juristes de l'époque du Code civil : il fallait réputer celui-ci comme l'expression de la *rationalité* du législateur, afin de préserver, contre toute interprétation *contra legem* susceptible d'émaner d'un corps judiciaire toujours suspecté d'attachement à la vieille France aristocratique, les acquis de l'idéologie libérale triomphante. C'est ainsi que s'articule le discours des professeurs de droit au XIX^e siècle. En faisant appel à la « rationalité du législateur » pour réduire l'enseignement du droit civil à celui du Code Napoléon, leur posture épistémologique présentait incontestablement les caractéristiques du substantialisme.

Le positivisme légaliste

Chapitre 3

Le discours des grands juristes civilistes du XIX^e siècle est entièrement marqué par cette parenté entre l'universalisme abstrait de la philosophie des droits de l'Homme et le volontarisme législatif dont se nourrissent les libertés publiques. Tel est le triomphe de ce qu'on appellera le positivisme légaliste, une culture juridique qui, tout en revendiquant la conviction que le droit se réduit à la loi positive (1) cachera très mal une tendance métaphysique – et substantialiste – à réifier le Code civil (2).

1 La réduction du droit à la loi

■ L'École de l'exégèse

Sous les couleurs du positivisme légaliste, la pensée juridique entre au XIX^e siècle, au lendemain de la Révolution française, dans l'ère du Code Napoléon où l'enseignement du droit exclut de son programme l'étude du droit naturel auquel est déniée toute valeur normative. Ce programme est conçu par des juristes qui se regroupent autour d'une doctrine, ***l'École de l'exégèse, dont l'ambition est de circonscrire l'office du juriste en le cantonnant dans les strictes limites de l'étude et de l'interprétation des seuls textes du droit positif*** parmi lesquels, bien sûr, figure le Code civil. Charles Demolombe, auteur d'un *Cours de Code Napoléon* professé entre 1845 et 1852 et surnommé « le prince de l'exégèse », oriente tout son enseignement autour d'un seul principe méthodologique : « Le texte avant tout ». Son contemporain Bugnet déclarera, au détour d'une célèbre boutade : « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon ». Le droit naturel devient tabou et l'ostracisme dont il est l'objet aura des effets collatéraux dont certaines branches du droit seront victimes. C'est ainsi que les chaires de

droit constitutionnel seront retirées des Facultés de droit sous le second Empire car un lourd soupçon pèse sur leurs titulaires auxquels il est reproché d'utiliser la Déclaration de 1789 pour délivrer, sous la bannière du droit naturel, un enseignement moral et politique contraire à la lettre du Code civil et susceptible de servir d'instrument de propagande au service de la Charte de 1830.

L'époque est traversée par un climat de confiance absolue accordée au législateur. Le Code civil gagne sa réputation de source normative incontournable et indépassable par cela seul qu'en consacrant les trois principes de la propriété privée, de l'autonomie de la volonté et de la responsabilité civile, il assure la traduction dans le droit positif des principes du droit naturel moderne. Conçu pour formaliser et pour conserver les acquis de l'individualisme juridique hérités de la Révolution française, il ne fait rien d'autre qu'effectuer ce que la Déclaration de 1789 commandait au législateur de faire : donner aux droits naturels, abstraits et dangereusement livrés à la subjectivité de chacun, une consistance formelle pour mieux les soustraire à l'emprise de celle des juges. De même que Napoléon I^{er} arrête la Révolution française, le Code civil formalise l'œuvre législative de celle-ci en devenant, comme l'écrira plus tard Jean Carbonnier, « la véritable Constitution de la France ».

D'où l'attrait inconditionnel pour les normes de droit positif – *la nomophilie* – qui règne dans les esprits d'une époque gagnée par le rationalisme constructiviste aux termes duquel c'est le législateur, en lieu et place du juge, qui dirige la société. Et ce tropisme légaliste ne dessert pas la cause triomphante du libéralisme économique car les lois que le souverain adopte sont concises, générales et impersonnelles. Ce sont celles d'un État-gendarme qui ne saurait contrarier l'ordre spontané du marché et leur sobre teneur est encore très étrangère à ce que produira plus tard la législation technique et administrative de l'État-Providence. Le légalisme est l'aboutissement de la formation historique de l'État jacobin qui a toujours, dans l'esprit des théories atomistes du contrat social largement élaborées au service des intérêts de la bourgeoisie montante, tenu la société civile à distance en affranchissant les individualités qui la composent des tutelles corporatistes de l'ancienne société aristocratique. Il est le résultat du long processus d'arrachement de la puissance publique à la pesanteur des faits économiques dont était lesté le système féodal, de sorte que la grandeur de l'État moderne centralisé est une situation dont s'est nourrie la libre initiative des agents économiques.

La liberté du commerce et de l'industrie, proclamée par la loi Le Chapelier et le décret d'Allarde, n'aurait pas vu le jour sans l'État jacobin qui a libéré l'économie en abolissant les corps intermédiaires. Et le droit de propriété, réputé naturel par le contractualiste John Locke (1632-1704), ne sera jamais aussi bien reconnu que dans les régimes centralisés pratiquant ce que Voltaire, séduit par les idées libérales de la physiocratie, admirait tant : le despotisme éclairé. C'est pourquoi, au

terme de ce processus de formation historique de l'État-législateur, le Code civil incarne pleinement le triomphe idéologique du jusnaturalisme moderne.

Réceptionné par le droit positif, le droit naturel moderne n'est plus invoqué en sa qualité de droit naturel mais les idéaux dont il est porteur sont exaltés par le biais de l'application du Code civil. Ce triomphe idéologique se répand sous la forme d'un positivisme inclusif, qui intègre dans la lettre du Code, l'esprit de l'individualisme et du libéralisme qu'il s'agit de conserver en préconisant l'application exégétique d'un texte réputé clair. Son application syllogistique est censée pourvoir à tous les besoins de la société. Chaque conflit dont celle-ci regorge est susceptible de trouver son issue par la simple utilisation mécanique d'un code dont la rédaction concise et dépouillée fut même louée par Stendhal.

■ *Le triomphe du formalisme juridique*

L'évolution du jusnaturalisme moderne s'achève donc, dans la parfaite logique d'un substrat philosophique entièrement fondé sur l'individualisme libéral, par l'élimination même de l'expression « droit naturel » dans le vocabulaire juridique. Une expression que la doctrine juridique dominante du XIX^e siècle ostracisera au profit d'un intérêt exclusivement porté sur le droit positif. Si l'arrière-fond philosophique du jusnaturalisme moderne a remporté la bataille des idées, c'est le droit positif qui est exalté dans sa capacité à le retranscrire formellement. La tendance qui se répand alors dans l'esprit des juristes consiste à adopter une attitude ouvertement a-métaphysique vis-à-vis d'un corpus de règles envisagé dans sa dimension exclusivement formelle. À l'étranger, deux grandes écoles exerceront une influence non négligeable sur cette École française de l'exégèse dont l'objectif était de mettre entre parenthèses toutes les questions philosophiques : le Pandectisme en Allemagne et l'*Analytical jurisprudence* en Angleterre.

Outre-Rhin, les pandectistes emmenés par leur plus illustre représentant Bernhard Windscheid (1817-1892), pensent qu'il existe un savoir universel sur le droit, soustrait à toute historicité, dont l'objet est constitué de catégories formelles, essentielles et durables. Le droit ne serait qu'un ensemble de concepts dont la forme, permanente depuis les catégories du droit romain, survit toujours à la succession des contenus normatifs que ces catégories renferment et qui se trouvent livrés, quant à eux, à la contingence du cours de l'histoire. D'où le formalisme de la science juridique allemande qui, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, entamera un tournant radicalement positiviste qui contraste avec la démarche antérieure de l'École historique du droit dominée par Karl von Savigny (1779-1861).

Celle-ci, en effet, avait elle-même été une réaction, au début du XIX^e siècle, au rationalisme des Lumières et aux prétentions universalistes du droit naturel moderne relayées par le Code civil français. En pleine querelle de la codification qui, dans l'Allemagne contre-révolutionnaire soumise au

jou napoléonien, opposa le juriste Thibaut favorable à un alignement des coutumes germaniques sur les méthodes du Code civil et son rival Savigny soucieux de préserver celles-ci de toute emprise codificatrice, l'École du droit historique avait affirmé l'enracinement du droit dans l'esprit et la culture particulière d'un peuple. Immanent à une communauté donnée, le droit fut considéré par cette École selon une approche objectiviste radicalement étrangère au formalisme juridique qui dominera plus tard le XIX^e siècle.

C'est en effet ce conceptualisme anhistorique qui triomphera sous la forme d'un positivisme légaliste dont il découlera plus tard une science du droit public d'inspiration germanique, libérée de toutes déterminations sociologiques et éthiques et à laquelle seront associés d'illustres auteurs comme Karl Bergbohm (1849-1927), Carl Friedrich Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) ou Georg Jellinek (1851-1911). Des juristes dont Raymond Carré de Malberg en France et bien entendu Hans Kelsen en Autriche en seront, au XX^e siècle, les héritiers. Outre-Manche, la figure de proue de cette méthodologie positiviste est le juriste John Austin (1790-1859) qui définissait le droit comme un ensemble de « commandements appuyés de menaces » auxquels il attribuait une totale indépendance par rapport aux commandements des règles morales.

■ *Un vrai faux positivisme*

Mais parmi ces juristes du XIX^e siècle, il en est de nombreux, notamment en France, chez lesquels le positivisme juridique auquel on les rattache volontiers est illusoire. C'est que derrière leur discours, se dessine une entreprise idéologique et dogmatique de mystification qui ne dit pas son nom. Postuler l'identité du droit et de la loi est déjà en soi une posture à double tranchant. Si elle permet en effet d'évacuer toute référence au droit naturel dans la plus stricte orthodoxie positiviste, cette démarche peut en même temps alimenter la thèse éminemment substantialiste selon laquelle la loi exprimerait le droit sans laisser place à la moindre ambiguïté normative. Comme par enchantement, droit et loi coïncideraient de telle manière que cette loi, qui ne souffrirait d'aucune équivoque sémantique et à laquelle est reconnu le monopole de la normativité juridique, serait l'incarnation de la perfection.

Tout se passe comme si l'intention normative du législateur était rationnelle et transparente. La thèse de l'identité du droit et de la loi repose sur la parfaite rationalité d'un Code dont la lettre, aux yeux de ses thuriféraires du XIX^e siècle, était réputée pourvoir à tous les besoins de la société. Voilà l'entreprise d'idéalisation à laquelle menait l'obsession de la pureté dont furent animés les positivistes légalistes lorsqu'ils assénaient de façon récurrente qu'ils s'intéressaient au seul droit positif et qu'ils épuraient leur regard de tout intérêt pour la métaphysique et les valeurs. Cette préservation à l'égard des valeurs conduisait paradoxalement à présenter le droit positif comme un droit pur à l'image... du droit naturel. De sorte que dans le vocabulaire du positivisme légaliste,

le droit positif est traité de la même façon que l'est le droit naturel par la vulgate jusnaturaliste : comme un droit vrai qui serait l'expression de la raison pure alors que la modernité, depuis Hobbes, le range pourtant dans l'univers volitionnel et irrationnel de la subjectivité.

Nul mieux que Hans Kelsen relèvera plus tard la dimension substantialiste de ce positivisme légaliste qu'il rangera finalement dans la catégorie encore archaïque des « doctrines traditionnelles du droit ». Le rejet des valeurs par les positivistes du XIX^e siècle était donc suspect. En les conjurant, ces derniers finirent par idéaliser le droit positif en lui prêtant une autonomie absolue qu'il est raisonnablement impossible de concevoir. Kelsen corrigera leur erreur en reconsidérant l'usage qu'ils firent de la pureté car le positivisme juridique dont il sera, quant à lui, le plus rigoureux ambassadeur, n'implique pas, à ses yeux, de regarder le droit comme pur sous peine de le confondre avec le chimérique droit naturel, mais d'exiger que la science qui prend ce droit pour objet soit, quant à elle, pure et débarrassée de tout jugement de valeurs. Selon le maître autrichien, s'il y a bien une autonomie formelle du droit qui permet de le définir universellement comme un ensemble de prescriptions assorties de sanctions objectivement reconnues par une communauté humaine donnée, aucune règle juridique ne peut se concevoir comme dépourvue d'un fondement axiologique.

Autonomie formelle des normes, impureté substantielle du droit et pureté absolue de la science du droit : telles sont les nuances de l'approche rigoureusement positiviste du droit que Kelsen a tenu à faire valoir contre celle de ses prédécesseurs du XIX^e siècle qu'il considérait comme « traditionnelle » et dépassée. Formellement autonome, le droit est à ses yeux substantiellement impur car le contenu des énoncés dont il est constitué est un programme qui traduit des valeurs. En revanche, c'est de la connaissance du droit que le positivisme doit tenir ces valeurs à distance et non pas, contrairement à ce que laisse entendre le préjugé légaliste, à l'écart de l'univers de la législation des hommes laquelle, impure et adoptée *hic et nunc*, sera toujours inscrite dans une historicité contingente et accoucheuse d'idéologies dominantes successives. Or, le libéralisme fut au XIX^e siècle cette idéologie dominante dont les tenants utilisèrent les ressources rhétoriques du légalisme afin de la réifier et de la faire passer pour pure. En réifiant la loi, le légalisme est parvenu à ériger au rang d'idéal absolu une idéologie qui, en tant que telle, doit être tenue pour relative.

2 La réification de la loi positive

C'est qu'en effet, le jusnaturalisme moderne dont le légalisme est le prolongement, est une tradition qui constitue, à l'origine, le terreau de toute une culture relativiste. En germe dans les théories modernes du droit naturel qui étaient florissantes aux XVII^e et XVIII^e siècles, le processus de réduction du droit à la loi prend déjà forme dans le relativisme d'un Hobbes dont le célèbre adage

désigne l'Autorité au détriment de la Vérité comme foyer d'émergence des valeurs et du droit (*Auctoritas sed non Veritas facit legem*). Mais très vite, au mépris de cette optique hobbesienne, pareil réductionnisme va quitter les terres du relativisme pour investir celles du substantialisme.

Au terme d'un pareil dévoiement, on mesure l'inextricable complexité de l'écheveau dans lequel s'est fourvoyé le fil conducteur de la modernité : arrachés au déterminisme d'une nature réputée indéchiffrable, les droits de l'Homme sont présentés, dans un vaste élan de rationalisme, comme étant universels tout en se trouvant confiés, en raison de leur excessive abstraction à laquelle la raison profane est incapable d'accéder, à la discrétion d'un législateur souverain. La volonté du législateur, n'étant par définition ni vraie ni fausse, sera ainsi réputée valide par simple convention avant de devenir sacralisée, selon une inéluctable dérive essentialiste qui s'explique historiquement par la confiscation bourgeoise et libérale du droit naturel moderne. Si bien qu'au terme d'une telle évolution, c'est davantage la loi positive que les libertés publiques dont elle est le sanctuaire qui hérite de la fundamentalité confisquée à la nature. La mobilisation du juge pour garantir les libertés publiques est surtout regardée comme l'occasion de faire respecter la loi avant d'être perçue comme le moyen de faire triompher les droits subjectifs de la personne humaine. C'est ainsi que la loi va se trouver sanctuarisée par tout un ensemble de dispositifs institutionnels tendant à la protéger contre les juges considérés, quant à eux, comme des entraves à l'idéologie libérale dominante depuis la résistance qu'ils avaient opposée aux réformes de la monarchie à la veille de la Révolution. L'angélisation de la loi s'accompagne d'une diabolisation du juge.

■ *La diabolisation du juge*

a) Le souvenir des parlements d'Ancien régime

Chacun connaît en effet l'une des causes majeures de l'explosion révolutionnaire de 1789 : la farouche opposition des magistrats aux grandes réformes que le roi prodigua à ses sujets pour abattre les derniers vestiges discriminatoires de la société féodale. C'est que les Parlements d'Ancien Régime, ces instances judiciaires qui forment un corps aristocratique crispé sur ses derniers privilèges, se sentent menacés par l'évolution centralisatrice d'un État au sein duquel se dessine, contre les corps intermédiaires, une complicité objective entre le pouvoir monarchique et le Tiers-État. Le premier aspire à étendre son autorité sur tout le royaume quand le second, au sein duquel s'impatiente une bourgeoisie entreprenante, réclame des droits égaux et revendique la fin des obstacles aristocratiques qui entravent son dynamisme. Telle est la double aspiration à laquelle répondent les réformes législatives auxquelles s'opposent les juges à la veille de la Révolution et qui menacent d'enfermer dans un étau une aristocratie contre laquelle souffle le vent moderne de l'histoire. En s'opposant à ces réformes, la corporation judiciaire incarne la résistance du droit naturel ancien face au droit naturel moderne.

Dans la manière, d'abord, car c'est en invoquant les « lois fondamentales » du royaume, d'origine coutumière, que les magistrats se heurtent aux édits du roi. En refusant d'enregistrer ces édits ou en exerçant sur eux un « droit de remontrance » qui consiste à subordonner leur application à une interprétation particulière, les juges réactivent le poids des traditions contre l'élan de la volonté. Dans le principe même de leur résistance, surtout, se laisse deviner la confrontation philosophique entre d'un côté, une conception aristocratique de la société qui convoque la nature des choses (les traditions) pour garantir le maintien des discriminations et de l'autre, une vision artificialiste des rapports sociaux qui impose l'égalité juridique par-delà les hiérarchies figées par le temps. Invoquées pour bloquer les édits du monarque, les « lois fondamentales » qui n'étaient que la codification des principes coutumiers de l'inaliénabilité du domaine royal et de la dévolution de la couronne par primogéniture mâle, faisaient office d'habile argument pour une aristocratie judiciaire nostalgique d'une époque révolue où les inégalités furent longtemps tenues pour naturelles. La résistance au changement était bien menée au nom d'une rhétorique naturaliste qui se mobilisait, à la fin du XVIII^e siècle, contre les premières manifestations concrètes du constructivisme et du rationalisme juridiques modernes.

C'est pour conjurer toute chance de retour à un semblable scénario qu'échaudés par cette résistance judiciaire, les députés de l'Assemblée nationale constituante vont adopter, pendant la Révolution française, ces fameux dispositifs institutionnels qui structurent encore en partie notre droit public moderne. Il s'agit alors, à travers la loi des 16 et 24 août 1790, de soustraire toute l'activité administrative et législative de l'État au contrôle et au regard du juge invité à limiter son office à la seule régulation des conflits entre particuliers. La séparation des autorités administrative et judiciaire qui en résulte est à l'origine non seulement d'une dualité de juridictions valable dans tous les pays de l'Europe continentale ayant subi le joug de Napoléon mais surtout de cette servilité d'un juge qui manifesterà toujours sa retenue et sa docilité à l'égard des lois en refusant d'exercer le contrôle de leur constitutionnalité (*CE Arrighi, sect., 6 novembre 1936, Arrighi et Coudert, Sirey, 1937, III, p. 33, note A. Mestre*).

Reprise dans l'article 3 de la Constitution des 3 et 14 septembre 1791 et dans le décret du 16 fructidor an III, la loi sur la séparation des autorités administrative et judiciaire institue également le référé législatif qui oblige les juges, dès que surgit au contentieux une difficulté imputable au manque de lisibilité et de clarté d'une disposition législative, de saisir le corps législatif afin que ce dernier livre l'interprétation de la loi qui s'impose. Supprimée en 1837, cette institution du référé législatif est un témoignage on ne peut plus clair de la volonté des révolutionnaires de museler les juges qui resteront longtemps affectés par cette réputation d'ennemis de la modernité. La sanctuarisation de la loi, qu'il est impérieux de soustraire à l'emprise des juges, se poursuit sous la plume des rédacteurs du Code civil qui énoncent à l'article 5 l'interdiction pour ces derniers de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont

soumises ». On devine, sous ces fameuses lignes, la vigilance des révolutionnaires qui mettent tout en œuvre pour empêcher les juges de renouer avec la pratique des arrêts de règlement à laquelle ces derniers donnèrent libre cours sous l'Ancien Régime.

b) Le vrai sens de l'expression « juge-bouche de la loi » : Hobbes contre Montesquieu

Ce volontarisme institutionnel dont procède la sanctuarisation de la loi constitue la preuve que la figure du juge-bouche de la loi qu'on associe traditionnellement aux propos de Montesquieu (*L'esprit des lois*, 1748, Livre XI, chapitre 6) et qui triomphe au XIX^e siècle n'est pas la traduction d'une conception formaliste de la justice qui la tiendrait pour inerte et mécanique. Elle n'est pas l'objet d'une description qui, au demeurant, serait erronée mais plutôt le contenu d'un mot d'ordre. Elle est un principe normatif et non descriptif. Elle est la signification d'une prescription idéologique, caractéristique du légalisme, par laquelle ses tenants ne *constatent* pas que le juge est la bouche de la loi mais *veulent* qu'il le soit. Elle est l'impératif catégorique des acteurs de la Révolution qui l'ont menée bien davantage contre les juges qu'à l'encontre du roi Louis XVI comme en témoignent les mots de Robespierre selon qui « il faut bannir du vocabulaire le mot jurisprudence ».

Les hommes de la Révolution *veulent* que le juge se contente d'être la bouche qui prononce les paroles de la loi car ils ont au fond une profonde méfiance à son encontre. Une méfiance qui est fondée sur la conviction, liée à la culture légicentriste, selon laquelle toute décision normative est l'expression d'une émotion non susceptible d'évaluation en termes de vérité et de fausseté. Et la décision du juge n'échappe pas à ce relativisme. Pour le dire autrement, la formule du *Léviathan* selon laquelle « *c'est l'autorité et non la vérité qui fait loi* » est tout aussi valable pour le juge que pour le prince. Comme celui-ci, le juge est un être humain en proie à ses passions et à ses préjugés auxquels sa raison, fût-elle éclairée par sa formation spécifique et technique ou par son expérience, ne peut guère résister.

Loin d'être le résultat d'une croyance naïve dans les vertus cognitives d'un juge que les anglosaxons, depuis Sir Edward Coke (1552-1634) jusqu'à Ronald Dworkin (1931-2013), réputent doté d'une raison artificielle lui permettant d'atteindre la vérité et la réponse juste à l'occasion de chaque espèce, le dogme révolutionnaire du juge-bouche de la loi est au contraire le symptôme d'un profond scepticisme subjectiviste selon lequel toute décision humaine à caractère prescriptif est entachée d'irrationalité.

Or, si les révolutionnaires français ont repris à leur compte la formule du « juge-bouche de la loi » attribuée à Montesquieu en tirant de cette formule l'idée, fondée sur une approche subjectiviste et sceptique de la justice, qu'il faut museler le juge et le ravalier au rang d'exécutant, l'auteur de

L'esprit des lois prêtait en réalité à cette métaphore la signification radicalement opposée que privilégient les anglo-saxons. Admirateur de l'Angleterre, le baron de la Brède était lui-même un magistrat et avait donc tout intérêt à magnifier la fonction judiciaire en lui reconnaissant l'aptitude à découvrir la réponse juste à partir des « lois fondamentales » du royaume et de la coutume. Dans l'esprit de Montesquieu, le juge n'est pas la bouche qui prononce les paroles du souverain mais celle qui exprime la loi naturelle. Pré-libéral aristocratique et hostile à la modernité constructiviste de la monarchie absolue française, Montesquieu était un auteur empiriste plus proche des doctrines classiques du droit naturel ou de l'objectivisme anglais que du juralisme moderne et du volontarisme continental.

Le sens de l'expression « juge-bouche de la loi », dans l'esprit des révolutionnaires, est donc le résultat d'un détournement de la pensée de Montesquieu au profit de la doctrine légicentriste. Une doctrine qui est fondée sur l'idée que les décisions du juge ne sont pas moins irrationnelles que celles du législateur. À degré égal d'irrationalité, la question est alors de savoir entre celle du juge et celle du prince, quelle est la décision qui détient la plus grande légitimité. La doctrine révolutionnaire a tranché dans le même sens que Hobbes qui affirmait la supériorité de la légitimité du souverain sur celle du magistrat. Si le contrat social confie l'autorité au prince et non au juge, le parti pris en faveur du premier se justifie d'autant plus aisément qu'il est bénéficiaire, dès la révolution, du suffrage populaire.

■ *L'angélisation du législateur*

a) Le double sens de l'inaptitude du législateur à errer : Hobbes contre Rousseau

Mais curieusement, alors que le scepticisme révolutionnaire qui s'abat sur le juge devrait pareillement peser sur le législateur au sujet duquel s'est construite toute la philosophie subjectiviste et moderne qui n'accorde au prince l'aptitude à gouverner qu'en raison d'une convention, celui-ci va jouir très rapidement, au lendemain de la Révolution, d'une aura et d'un halo sacré dont la justification dépassera le simple recours à la légitimité du suffrage populaire. Car autant l'onction électorale accordée au législateur procède finalement d'une démarche qui demeure rattachée au scepticisme dans la mesure où elle traduit le souci de combler l'absence de vérité législative par le recours à l'autorité numérique du fait majoritaire, autant les discours dominants pendant la période post-révolutionnaire useront d'une rhétorique dogmatique consistant à faire passer le Code civil pour l'expression d'une rationalité objective.

Nous touchons là le cœur de la mutation et de la dérive substantialistes du positivisme légaliste.

En clair, les tenants de la vulgate légaliste raisonneront indûment comme si le législateur avait juridiquement raison parce qu'il est investi d'une force politiquement majoritaire, de sorte que le

xix^e siècle abandonnera le relativisme hobbesien pour se rallier au dogmatisme d'un Rousseau selon lequel le législateur ne saurait errer. C'est qu'il existe en effet deux façons d'envisager l'incapacité du législateur à l'erreur : soit que sa parole échappe aux catégories du vrai et du faux pour ne se loger que dans l'univers conventionnel du valide et du non valide comme invite à le penser la philosophie du *Léviathan*, soit qu'elle est tellement transcendée par le principe majoritaire qu'une fois exprimée, elle devient parée du sceau de la vérité au point même que la minorité est priée de reconnaître son erreur comme le suggèrent certaines lignes du *Contrat social*.

Si le législateur ne peut errer chez Hobbes par cela seul qu'il ne peut jamais non plus avoir raison, il semblerait en effet que sous la plume de Jean-Jacques Rousseau, il ne faille parler de « Législateur » qu'à la condition que celui-ci n'erre pas. En effet, Jean-Jacques Rousseau semble faire la distinction entre la « volonté de tous » qui est celle du peuple livré à lui-même et la « volonté générale » qui est celle du « Législateur ». Si la première, issue de la masse informe et spontanée des individus constitutifs du peuple, n'est pas encore une volonté droite et éclairée, la seconde qui est le produit raffiné de ce même peuple obtenu par le filtre des institutions démocratiques est capable, quant à elle, de connaître et d'atteindre l'intérêt général. Tout se passe comme si le peuple était un mineur qui veut le bien mais ne sait y accéder sans la tutelle de cette instance éclairée que Rousseau nomme le « Législateur ». Il semblerait donc que dans l'esprit du citoyen de Genève, se soit installée l'illusion rationaliste selon laquelle il existe un stade, conditionné par la qualité des institutions démocratiques, où la politique échappe à l'irrationalité de la volonté et devient le lieu de connaissance de la vérité.

C'est vers cette variante substantialiste de la pensée contractualiste que s'est orienté le légalisme du xix^e siècle en privilégiant le rationalisme rousseauiste au détriment du volontarisme hobbesien. Ranger le courant légaliste dans la famille des positivismes et des philosophies relativistes relève par conséquent d'une illusion.

b) Le Code civil, expression de la « rationalité du législateur »

Abusivement qualifié de « positiviste » légaliste et caractéristique de la pensée juridique du xix^e siècle, ce courant est en réalité un positivisme qui cachera mal la nette inclination de ses tenants à parer idéalement les dispositions du Code civil des vertus de la Raison. Au xix^e siècle, en effet, la rhétorique des juristes qui affirmaient l'identité du droit et de la loi n'était pas, malgré la forte charge anti-métaphyrique dont cette revendication était connotée, axiologiquement neutre. Elle exprimait au contraire un combat idéologique destiné à préserver la lettre du Code civil, expressément conçue pour consolider les acquis du libéralisme économique triomphant, des risques d'interprétation *contra legem* pouvant émaner d'une corporation judiciaire regardée alors comme le dernier vestige d'une aristocratie vaincue. C'est à la fois pour réifier et sacraliser la loi

dans un strict intérêt de classe et pour dissimuler le caractère politique d'un tel mobile, que la dogmatique juridique de l'âge de la révolution industrielle faisait ainsi passer le Code civil pour l'expression de la « rationalité du législateur ».

Qui ne voit que derrière un tel vocable, cette doctrine renvoyait, sans oser prononcer le mot, au droit naturel dont on sait, dans sa version moderne, qu'il est issu de la raison ? Manifestation contingente de la volonté, la loi était maintenant tenue pour une idole. La voilà réifiée, érigée au rang métaphysique de substance et transformée en fétiche. Dès lors, si des germes de volontarisme avaient été décelables (cf. *supra*) dans les premières ébauches de la construction du droit naturel moderne sur lequel reposent les droits de l'homme, il est possible de relever plus tard, et *a contrario*, des réminiscences de jusnaturalisme dans le « positivisme » exégétique qui marquera le siècle des premiers aménagements législatifs entrepris au service des libertés publiques.

Ce qu'on retrouve, en d'autres termes, dans cette rhétorique légaliste du XIX^e siècle n'est rien d'autre que le déploiement de la méthode substantialiste inhérente au jusnaturalisme et consistant à défendre, sous la bannière de l'universel, une certaine vision du monde. On sait les usages révolutionnaires du droit naturel. De célèbres mythes comme Antigone ou de grands épisodes historiques comme la Révolution française ont montré combien le recours au droit naturel a permis de se rebeller contre l'ordre établi. Mais l'objectivité du droit naturel est un mythe, elle aussi, car son usage est réversible. D'une commode plasticité, le droit naturel peut tout autant servir à renverser l'ordre établi qu'à le justifier et à le conserver.

Telle est l'utilisation qu'en a faite la doctrine légaliste du XIX^e siècle sous la bannière de la « rationalité du législateur ». La conception du monde qu'elle a défendue grâce au maniement de cette expression est très aisément identifiable et sociologiquement bien marquée. Derrière l'angélisation du Code civil, se cache en effet une croisade politique au service du libéralisme triomphant. Après avoir conquis le pouvoir sous la Révolution, la bourgeoisie n'a eu de cesse, au siècle suivant, de maintenir l'acquis de cette victoire non seulement contre les risques de restauration de l'ordre ancien qui s'éloignaient au fur et à mesure de la démocratisation de la société mais également et surtout contre les effets de la révolution industrielle et la montée en puissance corrélative de la classe ouvrière.

Sanctuaire des trois grands principes de l'individualisme bourgeois que sont le droit de propriété, l'autonomie de la volonté et la responsabilité civile, le Code civil était un rempart contre le socialisme. D'où la démarche exégétique des élites juridiques qui appelaient le juge à s'en tenir à la lettre d'un Code réputé rationnel, clair et complet afin d'éluder la question sensible de l'effectivité de ces principes face à des réalités méconnues par ses auteurs : que signifie le droit de propriété pour une classe laborieuse économiquement incapable d'accéder à la propriété ? Peut-on parler d'autonomie de la volonté quand les clauses du contrat de travail imposées à l'ouvrier lui sont

livrées clé-en-main et ne sont pas négociables ? Est-il encore légitime d'exonérer le patron de toute responsabilité au motif qu'il n'a commis aucune faute lorsqu'un ouvrier subit un préjudice lié aux risques et aux dangers de son travail ?

Toutes ces difficultés d'interprétation du Code civil dont le traitement était susceptible de mettre en cause la position dominante de la bourgeoisie ont été naturellement mises à l'écart au nom d'une prétention à la rationalité de ses dispositions. L'idéalisation et la substantialisation du Code civil ont longtemps obéi à une stratégie politique dont le masque aura finalement été levé par l'éveil des idées socialistes qui ont su dénoncer, à l'instar du marxisme, l'hypocrisie des droits formels en les opposant aux droits réels (*K. Marx, La question juive, trad. Fr. M. Simon, Aubier-Montaigne, Paris, 1971*).

c) Le Code civil démasqué par la sociologie naissante

Mais pour ce travail de dé-substantialisation, il a fallu également compter sur l'apport des sciences humaines qui ont su renouveler les bases épistémologiques de la science du droit en lui faisant prendre conscience de l'immense intérêt de la sociologie. L'objet de la démarche ne va plus alors consister à appréhender l'homme individuel dans sa dimension métaphysique mais à le ravalier au rang d'objet de la connaissance scientifique en le saisissant dans sa dimension sociale. Grâce à cette nouvelle discipline, la science juridique est parvenue à démasquer les fictions du droit derrière lesquelles se cache une réalité autrement plus rude que ce que l'incantation des droits formels par la classe économiquement dominante a pu donner à croire.

À l'aube du xx^e siècle, sous l'influence de la sociologie, la philosophie du droit va entamer un tournant majeur dont le principal effet invitera les juristes à reconsidérer les rapports entre le droit et la volonté. Point d'orgue de la modernité juridique, le xix^e siècle aura été l'aboutissement du subjectivisme. Entamée avec les premiers signes du volontarisme dès le xiv^e siècle, à l'époque du bouleversement nominaliste, l'appropriation par l'homme de son propre destin normatif culminera à l'époque des grandes révolutions démocratiques du $xviii^e$ siècle au point d'amener la représentation dominante du droit à privilégier la thèse de son inféodation à la souveraineté de l'État et à la volonté, pour considérer celle-ci comme le fondement exclusif de toute obligation juridique. Mais cette représentation subjectiviste, qui était en phase avec l'aspiration humaine à l'autonomie, n'est jamais parvenue à combler la faille qu'elle a laissée béante autrement qu'en recourant à des discours métaphysiques du type de celui faisant appel à la « rationalité du législateur ».

C'est qu'il était irréaliste et contraire à toute observation sociologique des faits de situer la source du droit dans la volonté exclusive des gouvernants. Quel titre peut en effet habiliter la volonté du plus fort, fût-elle ointe par le suffrage populaire, à s'imposer à celle du plus faible ? Il fallait bien, pour résoudre un tel mystère, céder à la tentation d'utiliser les ressources de la métaphysique

comme s'y résolurent les thuriféraires du Code civil et les tenants du légalisme. Telles sont les faiblesses d'un positivisme légaliste qui ne pouvait fonder le droit sur la seule autorité de la loi sans être contraint de recourir à des idées métaphysiques conçues *a priori* avant toute expérience comme les notions de droit subjectif, de contrat social, de personnalité morale ou de souveraineté. Ces concepts abstraits et dénués de référents étaient bien la preuve, finalement, du besoin naturel qu'éprouve l'homme d'idéaliser des rapports de force et d'oublier que ces derniers ne résultent que du fait accompli. Tout se passe comme si les doctrinaires du légalisme avaient éprouvé les pires difficultés du monde à assumer l'héritage relativiste qui leur échet, celui tout entier contenu dans la formule de Hobbes selon laquelle *auctoritas sed non veritas facit legem*. Tout semblait montrer qu'ils ressentaient, sans l'afficher clairement, la nécessité d'arrimer le droit à une instance de validation objective.

Voilà ce que le regard réaliste de la sociologie a su mettre en relief à la fin du XIX^e siècle : la crise dans laquelle la modernité juridique était plongée, l'impasse dans laquelle elle se fourvoya, empêtrée qu'elle fut dans cette tension entre le volontarisme qu'elle a laissé se développer et le besoin d'offrir à l'autorité une source de légitimité que le relativisme moderne avait rendu bien difficile à concevoir. Telle est l'une des grandes dimensions de ce qu'on peut appeler, en s'inspirant d'une formule empruntée à Max Horkheimer et Theodore Adorno, *la dialectique de la raison moderne*. Mais voilà surtout l'échec philosophique du subjectivisme mis à nu par toute une pensée sociologique. Pour aider les juristes à se débarrasser de cette métaphysique qui a indûment érigé la volonté au rang de substance, cette sociologie naissante va échafauder des théories, à l'instar du positivisme sociologique, qui néanmoins vont à leur tour, au début du XX^e siècle, connaître une dérive substantialiste.

Le positivisme sociologique

Chapitre 4

L'influence grandissante qu'a exercée la sociologie dans le domaine des sciences humaines, en particulier dans celui de la science du droit convertie, à la fin du XIX^e siècle, au positivisme sociologique, a conduit la pensée juridique vers une nouvelle orientation substantialiste (1) voire scientiste (2).

1 L'inclination substantialiste du positivisme sociologique

Parmi les auteurs qui ont été les plus impliqués dans ce tournant sociologique, se distingue tout particulièrement Léon Duguit (1859-1928). Sous l'influence assumée d'Auguste Comte (1798-1957) et d'Émile Durkheim (1858-1917), le doyen de Bordeaux proposait aux Facultés de droit de remplacer leur dénomination par celle de « Facultés de sciences sociales ». Tout se passe comme si, lors de ce tournant sociologique, le fait social envahissait le droit dans la représentation des juristes.

■ L'idéalisation du fait social

C'est à la métaphysique de la Raison des Lumières et de la modernité que s'en prennent ces nouveaux juristes. L'époque est gagnée par un grand mouvement de remise en cause du formalisme de l'école exégétique et de contestation du libéralisme issu de la Révolution française. Que ce soit sous l'impulsion d'un François Gény (1861-1959), fondateur de l'école du droit libre, d'un Georges Gurvitch (1894-1965) pour qui le droit ne saurait trouver sa source dans le droit lui-même mais dans l'efficacité réelle de la conduite des hommes ou d'un Léon Duguit qui n'a cessé de pourfendre les fictions subjectivistes sur lesquelles repose l'ordre juridique hérité de la

philosophie du droit naturel moderne, tous défendent la thèse d'un droit spontané qui jaillirait directement des faits sociaux.

Malgré son caractère révolutionnaire et bien qu'elle fût animée du louable souci d'aller chercher, de façon lucide et réaliste, ce qui se cache derrière l'apparence trompeuse des concepts juridiques, cette philosophie du droit qui procède délibérément d'une réduction du devoir-être à l'être de la société, relève d'une démarche épistémologique à forte dose de substantialisme en dépit des intentions qu'affichent ses tenants les plus convaincus.

Tout en s'affichant sous les couleurs de l'empirisme dans la mesure où il définit le siège de la normativité dans le fait social, le positivisme sociologique se présente en effet, du point de vue épistémologique, comme un substantialisme. Tandis que le positivisme juridique du ^{xix}^e siècle – c'est en cela que résidait la dérive essentialiste de l'École de l'exégèse – tenait la loi de l'État pour vraie et rationnelle, le positivisme sociologique qui s'inscrit en faux contre ce triomphe légaliste, connut à son tour le même type d'évolution en idéalisant non plus la volonté du législateur mais le fruit de l'observation empirique des faits sociaux.

À la dérive légaliste du positivisme juridique qui se manifesta, pour reprendre les termes du doyen Gény, par une forme de fétichisme du texte, succéda une tendance consistant à sacrifier les faits. Certes épurée des aspects théologiques puis métaphysiques des théories jusnaturalistes, cette tendance fortement inspirée de sociologie du droit plaça le droit – et non la science du droit – sous l'auréole de la pure objectivité scientifique en se réclamant de l'âge positif annoncé par Auguste Comte.

■ Une science juridique prescriptive

C'est en des termes sévères que Paul Amselek a dénoncé « ce rêve fou », caressé par les tenants du positivisme sociologique, qui consista à tenir la création du droit pour une activité savante et scientifique. Cette illusion scientiste, faisait-il remarquer sur un ton justement réprobateur, a véhiculé l'idée que « *le droit devrait faire l'objet, non pas de procédures arbitraires d'édiction, mais de découvertes scientifiques rigoureuses; que seule l'étude expérimentale de la réalité sociale permettrait de dégager le vrai droit effectivement et spontanément à l'œuvre derrière les phénomènes sociaux observés; que la sociologie devrait ainsi être appelée à supplanter le pouvoir politique et ses méthodes archaïques d'élaboration des lois juridiques* » (P. Amselek, *Théorie du droit et science*, PUF-Léviathan, 1994, p. 9).

Il apparaît alors qu'un tel réductionnisme sociologique tant décrié plus tard par Kelsen consiste à s'emparer du droit pour en confier la fabrique à la communauté des scientifiques au mépris de la distinction kantienne qui fait de ce droit le fruit de la raison pratique et non de la raison pure. « Rêve fou » aux perspectives et aux conséquences hasardeuses. Emmanuel Kant avait

suffisamment montré que le droit s'inscrit dans le cadre d'une activité subjective d'autorité et de gouvernement des conduites. Il est ce qui *doit être*, et non ce qui *est*. Son édicition ne saurait être commandée par la science du droit ; elle se dérobe ainsi par définition à toute tentative d'approche scientifique. Tel est ce que refuse de penser ou feint d'ignorer tout juriste qui se réclame de la vérité pour légitimer sa propre vision du droit en instrumentalisant la science de façon plus ou moins assumée.

Léon Duguit incarna à merveille ce substantialisme lorsqu'il assigna à la science du droit constitutionnel une fonction optative et normative dans le cadre d'une pensée entièrement dominée, comme il l'annonça lui-même dès les premières pages d'un de ses ouvrages, par le « problème de la limitation de l'État » : « *La science du droit est une science normative, dit-il ; le juriste a pour mission d'indiquer aux gouvernants, et spécialement au législateur, les règles qui s'imposent à eux, et par conséquent, ce qu'ils doivent faire et ce qu'ils ne doivent pas faire* » (L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1899, rééd. Dalloz, 2003).

Il ressort de ces propos une épistémologie qui conduit à une inversion des rôles entre science et politique, à une subversion du rapport entre vérité scientifique et foi politique : à la science de prescrire, au politique de constater.

Tout se passe comme si la politique devait devenir une science.

2 La dérive scientiste du positivisme sociologique

Relisons Victor Hugo qui caressa lui-même, au XIX^e siècle, ce rêve scientiste dans un propos édifiant au sujet des rapports entre le droit, la politique et la science :

« *Toute l'éloquence humaine dans toutes les assemblées de tous les peuples et de tous les temps peut se résumer en ceci : la querelle du droit contre la loi. Cette querelle, et c'est là tout le phénomène du progrès, tend de plus en plus à décroître. Le jour où elle cessera, la civilisation touchera à son apogée, la jonction sera faite entre ce qui doit être et ce qui est, la tribune politique se transformera en tribune scientifique ; fin des surprises, fin des calamités, des catastrophes, on aura doublé le cap des tempêtes ; il n'y aura, pour ainsi dire, plus d'événements (...), plus de disputes, plus de fictions, plus de parasitismes ; ce sera le règne paisible de l'incontestable ; on ne fera plus les lois, on les constatera ; les lois seront des axiomes ; on ne met pas aux voix deux et deux font quatre ; le binôme de Newton ne dépend pas d'une majorité ; il y a une géométrie sociale ; on sera gouverné par l'évidence ; le code sera honnête, direct, clair ; ce n'est pas pour rien qu'on appelle la vertu, la droiture (...). Grâce à l'instruction substituée à la guerre, le suffrage universel arrivera à ce degré de discernement qu'il saura choisir les esprits ; on aura pour parlement le concile permanent des intelligences* » (V. Hugo, *Politique, Œuvres complètes*, Robert Laffont, 1985).

Cette exaltation du rôle de la science, qui colore tout un siècle traversé par l'essor des sciences humaines, entend réintroduire le savant au cœur du dispositif politique au point de renouer avec l'idéalisme platonicien qui reconnaissait au philosophe la fonction souveraine du Prince. L'ambition démesurée de cette tradition sociologique du positivisme était d'éliminer toute trace de métaphysique de toute activité humaine, y compris normative. Chemin faisant, semblable projet ne pouvait que se fonder sur une méta-éthique cognitiviste qui ignore les préceptes wébériens de la neutralité axiologique du métier de savant. Cette solide tradition sociologique, animée au départ par la sérieuse et audacieuse volonté de démystifier les thèses de l'École de l'exégèse, fut en réalité grisée, depuis le positivisme d'Auguste Comte jusqu'à celui d'Émile Durkheim, par ce mythe de l'hégémonie de la science dont s'est nourri le positivisme sociologique de Léon Duguit.

■ *L'influence du positivisme comtien*

Selon cette tradition, plus aucun compartiment du monde ne devrait échapper au traitement scientifique de la connaissance. Le savant peut, sur le modèle de la certitude propre aux sciences exactes, aller jusqu'à rendre compte non seulement des choses sensibles mais également des choses de l'esprit et en particulier des valeurs, de la morale, des idées et de tout produit émotionnel de l'activité humaine et sociale. De sorte qu'un tel hégémonisme scientifique, conduisant au nom d'un déterminisme très en vogue au XIX^e siècle, à regarder toute chose, y compris le continent des valeurs, comme expérimentable, renferme l'effet pervers de porter le savant à s'intéresser... aux questions métaphysiques.

En érigeant la sociologie au rang de reine des sciences capable d'établir une « physique des mœurs et du droit » (*E. Durkheim, Leçon de sociologie. Physique des mœurs et du droit, Paris, PUF, 1950*), les tenants d'un tel positivisme ignoraient, paradoxalement, la frontière entre le monde physique et le monde métaphysique au risque de mettre dangereusement l'activité du politique sous la tutelle de la science à des fins idéologiques et au détriment des libertés démocratiques.

Dans sa tradition française, le positivisme auquel est attachée la figure pionnière d'Auguste Comte, sensible au courant déterministe qui va irriguer ce qu'on appellera, au XIX^e siècle, les sciences de l'homme faisant tomber ce dernier de son piédestal métaphysique de sujet pour le reléguer au rang d'objet de recherche, a très rapidement pris un tournant scientifique consistant à soumettre les questions posées par l'esprit humain au modèle de certitude qui règne dans les sciences physico-mathématiques. Ce que la mécanique, la chimie ou la biologie déploient dans leurs méthodes et leurs discours, c'est-à-dire la méthode positive, il conviendra aux yeux de Comte de l'appliquer à toute connaissance portant sur l'activité humaine et sociale. Tel est le programme que le fondateur du positivisme assigne à la sociologie dont les objets seront, à l'image des objets

de toute autre discipline scientifique, des objets expérimentables. Autrement dit, dans les attentes de l'école positiviste française, les questions axiologiques relèveront à leur tour du domaine scientifique et seront régies par le même principe que celui qui anime les autres objets, à savoir la causalité. La politique sera scientifique. En somme, le devoir-être de la société se déduira de la connaissance de l'être. Le jugement de valeur, loin d'être voué à l'aléa de la subjectivité, sera assimilable au jugement de réalité. Par l'étude de la société, le savant sera capable de dire quelles sont les institutions les plus rationnelles. Rien n'interdira aux sociologues de découvrir, mieux que des législateurs soumettant les lois à l'arbitraire de leur imagination, les règles qui régiront la société.

Chacun connaît la périodisation qu'Auguste Comte, fondateur et figure emblématique du positivisme philosophique, établissait dans l'histoire de la pensée : après les dieux de l'âge religieux auxquels succédèrent les entités abstraites de l'âge métaphysique, le philosophe annonçait au ^{xix}^e siècle l'avènement de l'âge positif auquel accédait enfin l'Humanité en substituant la science, pour comprendre le monde, à tout autre mode d'explication et de représentation. Voici l'âge, selon Auguste Comte, où l'homme s'intéresse au « comment » et non plus au « pourquoi » des phénomènes, comme si l'étonnement philosophique devait céder la place à l'étonnement scientifique.

Mais cet hégémonisme scientifique n'est sans doute pas envisagé de la même manière selon qu'on est philosophe, sociologue ou juriste. Et chacun sait également qu'Auguste Comte fit du positivisme davantage une idéologie qu'une méthodologie proprement dite. Il y aura même une exaltation du positivisme sous les formes de ce que le philosophe appelait la « religion de l'humanité » et un temple sera érigé en son nom au Brésil, pays dont le drapeau a repris pour devise les termes mêmes qui définissent cette idéologie : « Ordre et Progrès ».

C'est pourquoi, il convient d'être prudent sur la signification du mot « positivisme ». Un point de convergence relie tous les positivismes qui réside dans une commune conception moniste du monde aux termes de laquelle le regard scientifique ne doit porter que sur un seul monde, à savoir le monde sublunaire, celui dont on peut faire l'expérience. Conception selon laquelle les arrière-mondes, ceux à la recherche desquels l'homme est conduit à se poser des questions métaphysiques ne doivent plus susciter l'intérêt du savant : la science ne résout que des énigmes dénuées de toute transcendance et n'apaise l'étonnement qu'en expliquant le « comment » des choses à l'exclusion de leur « pourquoi ». Mais si tous les positivismes se rejoignent dans une commune sécularisation de la représentation du monde, ils se séparent dans la façon de la cultiver et de l'entretenir. On peut dire que la tradition comtienne a procédé avec un zèle excessif consistant, depuis son illustre initiateur jusqu'à Émile Durkheim et son disciple, le juriste Léon Duguit, à alimenter le mythe de l'hégémonie de la science : le savant devrait être en mesure non seulement de comprendre le monde mais également de le transformer.

Par où l'on voit très nettement la pente folle et dangereusement métaphysique de ce « sociologisme ». En effet, prendre le contenu des valeurs pour une chose expérimentable, c'est inféoder la politique à la tutelle de la science au détriment de deux principes auxquels la modernité est attachée : le désengagement politique du savant et le relativisme éthico-moral sur lesquels repose toute démocratie sereine et libre. Le propos de Victor Hugo cité plus haut montre clairement, sous forme d'implicite aveu, combien semblable inféodation conduirait à la suppression du suffrage démocratique. Si la vérité dictait les valeurs, l'intérêt d'en soumettre l'arbitrage à la volonté des électeurs s'effacerait aussitôt.

Or, c'est chez le juriste français Léon Duguit, qui a cultivé l'héritage d'Auguste Comte au sein des facultés de droit, qu'est soutenue la thèse selon laquelle le suffrage n'est pas le principe de légitimité idéal pour reconnaître une décision démocratique. L'optimisme épistémologique du doyen de Bordeaux, fondé sur une méta-éthique cognitiviste, le conduisait à fonder le caractère démocratique d'une décision sur la vérité plutôt que sur l'autorité. Accordant une aveugle confiance à la raison, sa posture contribua à promouvoir un mode de gouvernement qu'on a pu dénommer sous le vocable d'« épistocratie » (*D. Estlund, L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique, Hermann éditeurs, 2011*).

■ **La dérive épistocratique du positivisme sociologique**

Le scientisme comtien a alimenté le rêve insensé d'un droit qui se forgerait dans le laboratoire du sociologue érigé ainsi au rang d'entrepreneur législatif au mépris de la distinction kantienne entre raison pure et raison pratique. La grande faiblesse de ce sociologisme juridique, aux yeux d'un Kelsen, réside dans la part d'idéalisme qu'il véhicule en dépit des intentions qu'affichent ses tenants les plus convaincus. Sous couvert de réalisme, les doctrines sociologiques du droit ont été conduites, comme toute théorie qui refuse de reconnaître la dualité de l'être et du devoir-être, à tenir des énoncés à caractère prescriptif sous la bannière de l'objectivité scientifique.

En clair, leurs partisans ont tenu des discours de politique juridique tout en se réclamant du statut de savant. Dans la démarche de Léon Duguit, qui partit en croisade contre le formalisme du XIX^e siècle, une dérive est à l'œuvre consistant à ériger en normes le fruit de l'observation empirique des faits sociaux. C'est ainsi que du recensement de ces derniers, les tenants du positivisme sociologique se sont crus habilités à tenir un discours normatif en méconnaissance des plus élémentaires exigences de la neutralité du savant.

Une autre tradition positiviste respectera rigoureusement de telles exigences. D'obédience émotiviste, préservée des illusions de la méta-éthique cognitiviste qui répute la science capable de connaître l'intimité métaphysique de l'homme, elle prendra au sérieux la frontière wébérienne entre le savant et le politique. En pratiquant une méta-éthique émotiviste et en respectant cette

frontière, les philosophes du droit issus de cette tradition positiviste, principalement répartis, à partir du xx^e siècle, entre normativistes et réalistes, auront en commun une épistémologie juridique de type relativiste.

Les philosophies du droit relativistes

PARTIE 2

Chapitre 5	- Une épistémologie commune : la <i>wertfreiheit</i>	51
Chapitre 6	- Le normativisme	59
Chapitre 7	- Le réalisme juridique	77
Chapitre 8	- Une démarche commune : la construction d'une théorie du droit	91

On a pu constater que l'étalon à l'aune duquel la pensée juridique, tout au long de l'histoire, a prétendu juger le droit positif sous la bannière de la connaissance, divergeait d'une école à l'autre : la nature, la Raison, le fait social se présentent comme des références éthiques si différentes les unes des autres qu'il s'avère impossible de connaître le juste en soi. Une impossibilité qui trahit l'impasse épistémologique du substantialisme juridique.

À partir du ^{xx}e siècle, les principaux courants de la philosophie du droit ont fini par faire le deuil de cette quête du juste en soi et ont définitivement adopté une posture relativiste. Deux entre eux, parmi les plus importants, doivent attirer l'attention : le normativisme et le réalisme juridique qui sont deux espèces du genre « positivisme juridique ». Ces deux courants se rejoignent sur la question épistémologique en prônant les uns comme les autres une attitude de neutralité axiologique pour décrire le droit.

*Cette neutralité axiologique, érigée au rang d'exigence méthodologique, est une posture connue sous le nom de *wertfreiheit* depuis les écrits du sociologue allemand Max Weber (1864-1920) qui ont considérablement influencé les juristes positivistes à partir de la première moitié du ^{xx}e siècle. Il est nécessaire de s'attarder dans un premier temps sur cette épistémologie commune au normativisme et au réalisme juridique dans la mesure où elle permet de comprendre ce qu'est, en général, une philosophie du droit relativiste (1). Les deux courants*

les plus représentatifs du relativisme juridique ne divergent qu'au sujet de la conception que leurs auteurs se font du droit. Les normativistes considèrent que le droit est un ensemble de normes (2) quand les réalistes le réduisent au comportement réel des acteurs qui produisent ces normes (3). Par-delà leur divergence, la démarche critique qu'ils empruntent est symptomatique de ce qu'on appelle une théorie du droit (4).

Une épistémologie commune : la *wertfreiheit*

Chapitre 5

Si le relativisme juridique est une posture épistémologique qui affirme l'impossibilité de connaître le juste en soi en raison de la relativité des valeurs, ses partisans enjoignent au juriste de s'abstenir d'évaluer le droit positif sous la bannière de la science du droit. C'est dans cette mesure qu'une philosophie du droit relativiste est un positivisme juridique : voilà une méthodologie selon laquelle seul le droit positif peut faire l'objet d'une connaissance.

C'est pourquoi, ce qu'on appelle le « positivisme juridique » s'oppose non seulement aux doctrines (classique et moderne) du droit naturel mais se désolidarise également de toute doctrine qui prétend connaître, au-delà du droit positif, un quelconque standard objectif de nature à jauger celui-ci. C'est ainsi que le positivisme juridique est étranger au « positivisme sociologique » dont on a vu qu'il reconnaît au juriste l'aptitude à discriminer, sous la bannière de la sociologie, entre les bonnes et les mauvaises lois. Il est également étranger au « positivisme philosophique » tel qu'il a été fondé par Auguste Comte dont l'ambition était d'ériger la production des valeurs, conformément à son fantasme scientiste d'éradication de la métaphysique, au rang de science.

Mais le positivisme juridique est aussi une expression courante qui a été, comme on le sait, abusivement utilisée pour désigner le légalisme qui n'est pas, lui non plus, une philosophie du droit relativiste dans la mesure où ses partisans prétendaient, dans le prolongement du jusnaturalisme moderne au XIX^e siècle, que le Code civil était l'expression de la Raison.

Pour bien saisir ce que représente une philosophie du droit relativiste, dont le normativisme et le réalisme juridique sont les plus remarquables illustrations, il faut alors se tourner vers la triple définition que donna le juriste italien Norberto Bobbio (1909-2004) du mot « positivisme juridique ». Le maître italien avait en effet distingué, à l'attention des juristes, le positivisme comme « mode

d'approche de l'étude du droit » consistant à s'abstenir de dire ce que le droit devrait être, le positivisme comme « théorie du droit » qui réduit le phénomène juridique à un processus de production étatique des normes et le positivisme comme « idéologie » qui commande d'obéir, pour des raisons morales, au droit positif (N. Bobbio, *Jusnaturalisme et positivisme juridique*, 1972, reprod. in *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1998, pp. 24 et s.).

Bobbio distingue donc trois acceptions de l'expression « positivisme juridique » : le positivisme juridique comme épistémologie, le positivisme juridique comme discours sur la nature du droit (ce qu'on appelle l'ontologie du droit) et le positivisme juridique comme idéologie bien connue sous l'expression de « légalisme ». Il est évident qu'à l'inverse de la première définition, la troisième fait du positivisme juridique une posture radicalement incompatible avec les exigences de la neutralité éthique du savant. Parmi les différentes versions du positivisme juridique tirées de la typologie du juriste transalpin, c'est donc la première acception qui permet de désigner ce qu'on appelle une philosophie du droit relativiste. C'est une épistémologie juridique dont les tenants observent scrupuleusement la discipline méthodologique de la *wertfreiheit* (1) qui est elle-même l'héritage philosophique de ce qu'on appelle *la loi de Hume* (2).

1 La *wertfreiheit* : une discipline méthodologique

Le terme allemand de *wertfreiheit* (*wert* signifie *valeur* et *freiheit* signifie *liberté*) désigne la neutralité éthique du savant et son indifférence à l'égard de tout jugement de valeur. L'enjeu est le suivant : pour laisser à chacun la liberté d'adhérer aux valeurs qu'il veut, il faut que la science se garde de faire passer pour vrai, ce qui n'est ni vrai ni faux. En d'autres termes, la science doit s'abstenir de tout jugement de valeur. La *wertfreiheit* est donc une posture épistémologique, commune aux doctrines juridiques relativistes, d'inspiration libérale.

Max Weber a imposé cette discipline méthodologique en inscrivant sa théorie des sciences humaines dans l'héritage de la distinction développée par Wilhelm Dilthey (1833-1911) à la fin du XIX^e siècle entre les sciences de la nature qui se déclinent en termes d'*explication* et les sciences de l'esprit dont l'objet, soumis à l'aléa de la psychologie humaine, ne peut être appréhendé qu'en termes de *compréhension*.

Fort de cette distinction, on mesure tout ce qui oppose, sur la question du rapport aux valeurs, la posture allemande, empreinte de neutralité axiologique, et le positivisme de la tradition française grevé, d'Auguste Comte à Léon Duguit, d'une forme non négligeable de naturalisme. En effet, dans la mesure où la science, selon le point de vue de Max Weber, est axiologiquement neutre et les questions portant sur les valeurs, qui consistent à déterminer le juste et l'injuste, reléguées hors du champ scientifique, de telles valeurs, fruits de l'émotion et du libre-arbitre humain, ne peuvent

faire l'objet, selon la grille dilthéenne, que d'une *compréhension*, c'est-à-dire d'un mode cognitif éminemment subjectif fondé sur l'interprétation. Elles sont alors sujettes, dans l'épistémologie wébérienne, à un traitement privilégié de sanctuarisation : parce qu'elles relèvent, en l'homme, de cette part sacrée et quasi-divine de la libre volition, elles échappent à toute préhension d'ordre scientifique.

Le positivisme juridique issu de la tradition allemande est donc bien loin de réduire la détermination des valeurs dans l'étude objective des faits et saura, par conséquent, respecter la tradition démocratique de la modernité en affirmant l'irréductible étanchéité de la frontière entre les faits et les valeurs. Incarné au xx^e siècle par la figure de Hans Kelsen (1881-1973), ce positivisme juridique regardera en effet cette irréductibilité comme intangible : d'un fait quelconque, aucun énoncé en termes normatifs ne peut être logiquement inféré.

Cette tradition allemande du positivisme juridique a été singulièrement alimentée par le rapport aux valeurs que Max Weber, contrairement à son homologue français Émile Durkheim, a tenu à entretenir. Tandis que la tradition sociologique française, effectivement, ne considère les faits sociaux que comme des choses (*E. Durkheim Les règles de la méthode sociologique*, 1^{re} éd. 1937, 12^e éd. PUF-Quadrige, 2004), la sociologie allemande les regarde avant tout comme des foyers de production axiologique auxquels toute rationalité scientifique est étrangère.

Si la sociologie wébérienne, en tant qu'elle est une sociologie, se réclame du positivisme tout comme la sociologie française, en aspirant à un commun besoin de rationalité scientifique, elle se démarque de celle-ci en ce qu'elle renonce à réduire les faits sociaux à des choses purement objectives. Elle décèle dans de tels faits d'un genre particulier une part incompressible d'irrationalité dans laquelle les valeurs prennent naissance – une part de néant dirait Sartre qui voit dans « son » néant, par opposition à l'être déterminé, le siège du libre-arbitre (*J.-P. Sartre, L'existentialisme est un humanisme*, 1945, Gallimard, 1996). Voilà une sociologie pour laquelle la rationalité pure ne peut pas résoudre les questions axiologiques car les valeurs y sont abandonnées hors du champ de la prévisibilité scientifique.

Ce dogme wébérien de la neutralité axiologique des sciences sociales (et en particulier de la science du droit), que le jusnaturaliste Léo Strauss (1899-1974) dénoncera en des termes très forts (*L. Strauss, Droit naturel et histoire*, 1954, trad. M. Nathan, E. de Dampierre, Flammarion, 1986), connu sous l'appellation germanique de *wertfreiheit*, est l'héritage de l'une des grandes lois d'airain de l'épistémologie kantienne qui fixe des limites à la raison.

Kant, en effet, s'intéresse moins à la connaissance qu'aux conditions de possibilité de la connaissance : avant de connaître, il convient de s'interroger sur le point de savoir si l'énoncé par lequel on prétend connaître est légitime et pertinent au regard des critères de la connaissance. Ces limites kantienne de la raison nous enseignent l'impossibilité de connaître l'univers « nouménal »

de la chose en soi que constituent Dieu, l'âme, le monde et la liberté et l'aptitude de l'entendement à n'accéder qu'aux seuls « phénomènes » dans le temps et dans l'espace.

Elles déterminent surtout une sorte de répartition des tâches au sein de la raison qui se voit ainsi revêtir deux fonctions radicalement opposées : la raison pratique mobilisée au service de l'action morale ou politique – ce que Kant appelle la « *métaphysique des mœurs* » – et la raison pure assignée à la spéculation et à la connaissance.

Mais l'étanchéité de cette dualité entre une raison pratique orientée vers l'action et une raison théorique exclusivement vouée à la connaissance est elle-même l'héritage, au XVIII^e siècle, de la philosophie sceptique de David Hume (1711-1776) qui a fait sortir Emmanuel Kant, comme ce dernier le reconnaîtra explicitement, de « son sommeil dogmatique ».

2 **La *wertfreiheit* : l'héritage philosophique de la loi de Hume**

Le positivisme philosophique et sociologique de la tradition française, dans sa veine scientiste, a délibérément ignoré ces limites dont Kant avait défini les contours au moyen d'une triple critique de la raison dressée dans trois ouvrages majeurs : *Critique de la raison pure* (1781), *Critique de la raison pratique* (1788) et *Critique de la faculté de juger* (1790). Semblable transgression correspond au demeurant à un perceptible climat anti-kantien qui se dégagea au début du XIX^e siècle, après la mort du philosophe de Königsberg, et qu'alimenta Hegel (1770-1831) dont on connaît les prétentions idéalistes à atteindre le savoir absolu.

Mais ces limites, transgressées au XIX^e siècle par l'idéalisme hégélien et surtout la vague scientiste qui submergea le positivisme comtien, plonge fondamentalement ses racines dans les écrits du philosophe écossais David Hume qui sépare le monde de la raison de l'univers irrationnel des émotions. « Bien », « mal », « juste », « injuste », « moral », « immoral » ne sont qu'affaire de convention et il n'est pas contraire à la raison, selon Hume, de préférer la disparition de l'humanité à la blessure de son animal domestique. Le philosophe écossais est d'ailleurs considéré comme un auteur pionnier dans l'univers des doctrines émotivistes. Selon lui, aucune norme tirée de la moralité n'est rationnellement justifiable. L'émotivisme moral considère en effet qu'à défaut de pouvoir fonder les valeurs en établissant entre elles une hiérarchie, la raison scientifique ne peut appréhender que les faits et *de ce qui est*, elle ne saurait déduire *ce qui doit être*. Cette non-dérivabilité logique d'une norme éthique à partir d'un fait a été formulée pour la première fois par David Hume dans son *Traité de la nature humaine* (1739).

Aux termes de cet interdit humien qu'on appelle communément la « loi de Hume », de ce que quelque chose est, nul ne saurait inférer que quelque chose doit être. David Hume écrit ainsi, en le déplorant :

« Dans tous les systèmes de morale que j'ai rencontrés jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède pendant un certain temps de la manière ordinaire de raisonner et établit l'existence de Dieu ou fait des observations concernant la condition humaine ; quand tout à coup, j'ai la surprise de trouver qu'au lieu des habituelles copules des propositions est ou n'est pas, je ne rencontre plus de proposition qui ne soit pas liée par un doit ou ne doit pas. Ce changement est imperceptible, mais il n'en est pas moins de la plus haute importance. En effet, puisque ce doit ou ne doit pas exprime une relation ou affirmation nouvelle, il est nécessaire qu'elle soit remarquée et expliquée, et en même temps qu'on rende raison de ce qui semble tout à fait inconcevable, à savoir de la manière dont cette relation nouvelle peut se déduire d'autres qui en sont entièrement différentes » (Traité de la nature humaine, 1739).

En interdisant, sur le plan épistémologique, d'inférer une conclusion normative à partir d'une prémisse indicative, la loi de Hume signifie qu'on ne saurait fonder sur la connaissance, la rationalité d'un quelconque jugement de valeur. Cette incompatibilité entre l'être et le devoir-être qu'ignorent délibérément les auteurs jusnaturalistes en érigeant leurs propres et subjectifs jugements de valeur en vérités objectives au terme de ce que Georges Edward Moore (1873-1958) appelait le sophisme naturaliste (*G. W Moore, Principia ethica, Cambridge University Press, 1903*), est au fondement de la thèse selon laquelle les normes juridiques ne sont pas le reflet de la raison mais celui des émotions et autres préférences idéologiques ou politiques des gouvernants.

En invoquant le droit naturel à l'aune duquel ils prétendent juger le droit positif au lieu de se contenter de le décrire, les auteurs jusnaturalistes invoquent en réalité l'oriflamme de la raison et de la connaissance pour faire prévaloir tel ou tel jugement de valeur. Ce faisant, ils se fondent sur une conception anti-émotiviste – cognitiviste – des valeurs en considérant qu'elles ne se valent pas toutes et que seulement certaines d'entre elles s'avèrent conformes au droit naturel. Tout se passe comme si dans leur esprit, le droit naturel était connaissable et la raison capable d'arbitrer les conflits axiologiques. Leur méta-éthique cognitiviste les sépare des positivistes qui, attachés à la neutralité axiologique de la science du droit, considèrent au contraire que seule l'autorité est légitime pour arbitrer les conflits de valeurs et se présentent ainsi, dans le prolongement des enseignements de la loi de Hume, comme relativistes.

Pour tout juriste d'obédience relativiste, c'est la force, à défaut de la raison, qui se voit conférer le soin de discriminer entre le bien et le mal comme l'avait déjà énoncé le volontariste Thomas Hobbes dont la formule célèbre enseigne que c'est l'autorité et non la vérité qui fait loi (*Auctoritas sed non veritas facit legem*). Tout jugement de valeur est le fruit d'une décision et ne saurait

jamais être, par voie de conséquence, le résultat de la raison. Un tel décisionnisme invite le savant à une certaine forme de résignation devant ce que Max Weber appellera la « guerre des dieux ». Le polythéisme axiologique met sur un pied d'égalité éthico-moral toutes les valeurs en ne reconnaissant qu'à la force le soin de résoudre leurs conflits. Cette force, dont est dénuée la raison, n'est autre que celle qui est détenue par le politique comme l'affirme Max Weber dans un texte resté célèbre sur le métier de savant et l'office du politique.

Le positivisme juridique, issu de la tradition germanique – et kantienne – a rigoureusement appliqué les enseignements de la loi de Hume. Conforté par la *wertfreiheit* wébérienne, ce positivisme-là s'illustre par son non-cognitivismisme – ou émotivisme – éthique : la raison ne permet pas de connaître les valeurs parce qu'elles relèvent de la métaphysique (des mœurs), c'est-à-dire des sentiments, des affects et des émotions qui occupent l'insondable tréfonds de la subjectivité. Les valeurs, relatives les unes aux autres, ne peuvent s'affronter qu'en termes de rapports de force sous la forme d'une concurrence axiologique qui exclut tout arbitrage de la raison.

Ce dogme irrationaliste de la *wertfreiheit*, dont se nourrira, sous l'autorité de Hans Kelsen, le positivisme juridique de tradition germanique, ressort des travaux les plus connus de Max Weber en matière d'épistémologie telles que ses fameuses conférences de 1917 et 1919 traduites en 1959 par Julien Freund dans l'ouvrage célèbre intitulé *Le savant et le politique*. La *wertfreiheit* est une forme de *décisionnisme* qui consiste à reléguer dans l'univers irrationnel de la subjectivité toute considération d'ordre pratico-moral. Procédant d'un incontestable scepticisme philosophique, elle considère que la raison scientifique est incapable de déterminer, de façon objective, une quelconque hiérarchie entre les valeurs qui sont regardées, dans ces conditions, comme relatives les unes par rapport aux autres. Leur hiérarchisation ne peut alors relever que d'une *décision* individuelle ou collective dont le contenu, loin d'être universel à l'instar des énoncés qui relèvent de la raison scientifique, est frappé du sceau de la contingence que lui confèrent l'historicité, le poids de la culture et l'aléa du libre arbitre humain.

Kelsen est l'héritier majeur de ce pessimisme épistémologique. Un scepticisme et une humilité méthodologiques qui conduisent tout simplement à la thèse de la relativité du droit et qui font du positivisme kelsénien un authentique positivisme. En considérant comme hermétique la séparation entre les faits et les valeurs, tout professeur de droit qui se réclame du positivisme juridique, fidèle à cette tradition sceptique, est fatalement condamné à souffrir du conflit entre le savant et le politique (entendu comme citoyen ou animal métaphysique en quête de supplément d'âme). Dépourvu de confiance en la raison pour produire des « vérités pratiques », démuné de cette foi en une authentique raison pratique, il sera toujours livré aux doutes que sème, chez le juriste sceptique, le syndrome d'un grand juriste positiviste, Carré de Malberg (1861-1935).

Comme en témoignent les confidences de son élève Georges Burdeau (1905-1988), le juriste Raymond Carré de Malberg a pu ressentir en effet les cruelles difficultés du conflit intime qui déchire tout juriste positiviste entre ce qu'exige de lui, en termes déontologiques, son statut de savant et ce vers quoi le porte tout naturellement sa dimension de citoyen. On sait en particulier qu'en tant que savant, le maître strasbourgeois déniait toute juridicité à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 en raison de son défaut de rattachement formel aux trois lois constitutionnelles de 1875, alors qu'il était, en tant que citoyen, particulièrement attaché à la philosophie morale que lui inspirait ce texte. En raison d'une conception relativiste du droit aux termes de laquelle le droit positif n'est nulle part ailleurs que dans la volonté subjective des gouvernants dont les textes sont le reflet tangible, le *professeur* devait conduire l'*homme* à faire le deuil de ce à quoi il tenait, à savoir l'idéologie bourgeoise et individualiste héritée de 1789. Une honnêteté intellectuelle que l'homme confesse avoir conservée non sans déchirements métaphysiques.

Dans sa rigueur méthodologique wébérienne, marquée par l'épistémologie kantienne relative aux limites de la raison, le positivisme juridique est une ascèse, peut-être même une épreuve : l'épreuve de résister aux folles illusions scientistes auxquelles succomba, à ses origines, le positivisme philosophique d'Auguste Comte dont le dangereux chemin n'est pas celui qu'aurait préconisé Emmanuel Kant. Ce n'est non plus celui qu'a emprunté le normativiste Hans Kelsen qui sera demeuré très fidèle à ce dogme wébérien de la *wertfreiheit*.

Le normativisme

Chapitre 6

*On ne saurait traiter du positivisme juridique et, de manière générale, de la philosophie relativiste du droit sans évoquer la figure emblématique de Hans Kelsen. Considéré comme le pape du positivisme juridique depuis la *Théorie pure du droit* (Dalloz, 1962, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, rééd., L.G.D.J.-Bruylant, 1999), le maître viennois incarne ce courant majeur de la pensée juridique tant en raison de sa conception du droit qu'en égard à son épistémologie juridique : en considérant qu'il n'est pas d'autre droit que le droit positif et en assignant au juriste le devoir de se tenir à l'écart de son objet en se contentant de le décrire de *lege lata*, Kelsen adoptait dans sa plus parfaite expression une posture que d'autres juristes avant lui avaient observée de façon moins radicale, à l'instar de Carré de Malberg, de Jellinek (1851-1911), de Laband (1838-1918) ou de Bergbohm (1849-1927).*

C'est en distinguant ces deux dimensions de la pensée juridique, l'une ayant trait au droit et l'autre à la science du droit, qu'on saisit toute la différence entre le positivisme juridique et le positivisme philosophique, voire sociologique. Une différence qui avait déjà été soulignée par le juriste allemand Bergbohm dans sa *Jurisprudence et philosophie du droit* (1892) et plus tard par Marcel Waline (*Positivisme philosophique, juridique, sociologique, Mélanges Carré de Malberg*, Dalloz, 1966, p. 157). Avec le positivisme philosophique et sociologique, le positivisme juridique partage en effet l'idée que l'objet de la science du droit est un objet dénué de transcendance, un objet positif, appartenant au monde sublunaire. Mais tandis qu'une telle conception moniste du droit, qui exclut l'existence de tout arrière-monde juridique, est commune à tous les positivismes, le positivisme juridique se distingue, comme on le sait, sur la question épistémologique en érigeant la neutralité axiologique du savant au rang de dogme.

Kelsen est le juriste le plus représentatif de ce dogme et s'affiche dès lors comme un positiviste radical. Il partage avec le juriste anglais Herbert Hart (*The concept of law, 1961, trad. M. Van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005*), la thèse selon laquelle les valeurs étant relatives, la validité des règles de droit est indépendante de leur moralité. Tel est le sens de la célèbre thèse hartienne de la séparation du droit et de la morale qui n'exclut pas, bien évidemment, l'idée que toute règle de droit est porteuse d'un contenu moral. Une philosophie du droit relativiste ne définit pas le droit autrement : elle considère le droit comme impur parce qu'il est l'expression formelle et étatique de jugements moraux quand une philosophie du droit substantialiste, au contraire, caresse l'espoir mythique d'être en mesure de définir le droit pur, celui dont le contenu serait conforme au juste en soi. C'est la pureté de la science du droit – et non du droit – que le relativisme juridique érige au rang de dogme en assimilant la pureté à la neutralité.

C'est pourquoi l'œuvre majeure de Kelsen, la *Théorie pure du droit*, est bien une théorie pure du droit et non une théorie du droit pur. Elle est une théorie de la science du droit *épurée* de tout jugement de valeur. Mais elle est aussi une théorie du droit qui ne définit pas le droit comme pur. Elle le définit, en revanche, comme autonome par rapport aux faits. Tel est l'enseignement fondamental de ce qu'on appelle le *normativisme* : une théorie qui conçoit le droit comme un ensemble de normes en affirmant l'autonomie du devoir-être vis-à-vis de l'être, c'est-à-dire l'irréductible séparation entre le monde des normes et le monde des faits. En somme la *Théorie pure du droit* est une théorie relativiste de la science du droit (1) qui met exagérément l'accent sur la spécificité normative du droit (2).

1 La Théorie pure du droit : une théorie relativiste de la science du droit

La *Théorie pure du droit* est d'abord une théorie de la science du droit, c'est-à-dire un traité d'épistémologie juridique. Sur le plan épistémologique, cet ouvrage fait de Kelsen un relativiste radical. Selon le maître viennois, le juriste doit se contenter de décrire la norme sans émettre sur celle-ci un quelconque jugement de valeur. Il est le juriste qui a défendu cette posture avec la plus grande rigueur qui n'ait jamais été observée dans la littérature juridique. La promotion de cette neutralité descriptive constitue le noyau central de la partie épistémologique de la *Théorie pure du droit*. Dans sa dimension méthodologique, celle-ci est une *méta-théorie prescriptive* car elle prescrit de décrire. Elle se présente en effet comme un discours juridique dont l'objet n'est pas le discours du législateur mais le méta-discours du juriste, c'est-à-dire le méta-discours dont l'objet est bien le discours du législateur. En d'autres termes, la *Théorie pure du droit* est un méta-méta-discours qui contient des directives méthodologiques adressées à l'intention des juristes qui produisent un méta-discours sur le discours juridique.

■ Une méta-théorie prescriptive

a) Le culte de la description

Selon ces directives, pour qu'un tel méta-discours revête les caractères de la scientificité, il doit être extérieur à son objet, le droit, et se borner à le décrire à l'aide de propositions susceptibles d'être vraies ou fausses.

Comme l'écrit clairement Michel Troper, « *la doctrine de Hans Kelsen, qu'on appelle parfois normativisme, mais que lui-même préférerait désigner par l'expression « théorie pure du droit», comporte deux aspects ou deux branches : tout d'abord, une théorie du droit, c'est-à-dire une description de la structure de l'ordre juridique ; d'autre part, une théorie de la science du droit, c'est-à-dire une métathéorie du droit. Si la première est descriptive, on a pu faire remarquer que la seconde est prescriptive : elle ne se contente pas d'analyser le comportement des juristes qui décrivent l'ordre juridique ; elle leur indique les conditions auxquelles devrait satisfaire ce comportement pour être « scientifique » ; elle leur prescrit de se borner de décrire » (M. Troper, *Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit*, in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF-Léviathan, 1994, p. 45).*

La *Théorie pure du droit* est donc une méta-théorie qui prescrit de décrire. Elle exige que la science du droit doive se choisir un objet susceptible d'être décrit. Et cet objet ne peut être que le droit positif qui est formé de normes juridiques, non susceptibles quant à elles d'être vraies ou fausses, mais susceptibles d'être décrites par des propositions de droit. C'est ainsi que Kelsen distingue la norme qui est la signification d'un énoncé prescrivant ce qui doit être, de la proposition de droit qui est l'énoncé par lequel le juriste décrit cette norme. La proposition est la signification d'un énoncé qui relève de la science du droit ; la norme est la signification d'un énoncé qui fait partie du droit. Si la norme est impérative, la proposition est indicative. Toute proposition est indicative car elle est la signification d'un énoncé constatif comme l'est toute proposition qui relève de la science. Mais la particularité des propositions de droit, selon Kelsen, réside dans le fait que l'objet qu'elle décrit est la signification d'un énoncé qui porte sur ce qui doit être. Comme nous le verrons plus loin, la conception normativiste du droit que défend Kelsen lui interdit de regarder le droit comme un fait. Ce que décrit la proposition de droit est une norme et non un fait. C'est un objet très particulier dont la texture est différente de ce que décrit, en général, toute proposition scientifique. La conséquence est considérable : d'un point de vue sémantique, la proposition de droit ne diverge pas de la norme. La seconde déteint sur la première. L'une comme l'autre sont la signification d'un énoncé qui porte sur ce qui doit être. Mais si l'une comme l'autre ont le même contenu sémantique, elles n'ont pas la même fonction pragmatique.

b) La norme et la proposition de droit

Dans la théorie des actes de langage, on distingue en effet depuis le sémioticien Charles Morris (1901-1979), la sémantique de la pragmatique. Tandis que la première étudie ce que signifie l'énoncé, la seconde s'intéresse à ce que fait le locuteur en énonçant l'énoncé. Mais c'est au philosophe d'Oxford des années cinquante, John Langshaw Austin (1911-1960), que l'on doit les développements les plus conséquents sur cette distinction, ainsi qu'à son élève américain John Searle (*J.L. Austin, Quand dire, c'est faire (How to do things with words)*, Ed. du Seuil, Paris, 1970 ; *J. R. Searle, Les actes de langage, Coll. « Savoir », Herman, Paris, 1972*).

Pour prendre un exemple trivial, la dimension pragmatique de l'énoncé aux termes duquel le professeur *dit* à son étudiante qu'« il fait beau » permet à celle-ci de comprendre qu'il lui *fait* la cour puisqu'il fait beau au point de pouvoir aller boire un café. D'un point de vue sémantique, la phrase porte sur un fait météorologique. D'un point de vue pragmatique, elle est une invitation voire une incitation indécente qui la range dans la catégorie des énoncés prescriptifs.

Kelsen a très peu utilisé les ressources de la théorie du langage dans sa réflexion épistémologique. Mais s'il était conscient de l'existence d'énoncés qui sont normatifs d'un point de vue pragmatique tout en étant conjugués à l'indicatif présent (tel est le cas de nombreuses normes), il considérerait que toute proposition de droit demeure, d'un point de vue pragmatique, la signification d'un énoncé indicatif quand bien même l'objet sur lequel elle porte est une norme. Ainsi, si la proposition de droit comme la norme portent sur ce qui doit être (identité de contenu sémantique), l'auteur d'une proposition de droit décrit ce qui doit être quand l'auteur d'une norme, au contraire, le prescrit (divergence de fonctions pragmatiques).

Si la fonction pragmatique de la norme est de contraindre, celle de la proposition de droit est celle de tout énoncé produit par une science empirique quelle qu'elle soit : informer sur ce qui est, produire des énoncés susceptibles d'être vrais ou faux, c'est-à-dire des énoncés dont la vérité, conformément au principe de vérité-correspondance, dépend de l'existence de ce qui est décrit. À la différence près que les énoncés de la science du droit (les propositions de droit), contrairement à ceux proférés dans les autres champs du savoir empirique, informent sur l'existence d'énoncés qui prescrivent ce qui doit être (les normes), de sorte qu'ils décrivent empiriquement ce qui doit être, c'est-à-dire un objet qui n'est pas empirique. Kelsen les qualifie de « *sollen* descriptifs ».

Par où l'on voit que si la science du droit est une science empirique en tant qu'elle fonctionne selon le principe de la vérité-correspondance (à la différence des sciences formelles qui fonctionnent, à l'instar de la logique, selon le principe de non-contradiction), son objet n'est pas pourvu d'une texture empirique. Les propositions de la science du droit ont donc une particularité, inhérente à leur contenu, qu'on ne rencontre pas dans les autres sciences empiriques, sauf à privilégier

une conception réaliste du droit qui réduit la norme à un fait langagier. Selon le principe de la vérité-correspondance, tandis qu'un énoncé empirique est vrai si le fait qu'il décrit existe, et faux si ce fait n'existe pas, l'application de ce principe à la science du droit, qui ne décrit pas des faits mais des normes, signifie qu'une proposition de droit est vraie si la norme qu'elle décrit est valide, la validité étant plus délicate à établir que l'existence. Dire d'une norme qu'elle est valide implique un jugement de validité qui peut exiger, selon certains positivistes qui ont mis en doute la rigueur méthodologique de Kelsen, un effort d'interprétation de l'énoncé en cause, c'est-à-dire un jugement de valeur incompatible, par définition, avec le dogme de la neutralité axiologique de la science du droit... On comprendra fort aisément qu'un réaliste, qui tient la norme pour un fait, n'est pas confronté à cette difficulté dans l'application du principe de vérité-correspondance.

Cette méthodologie empiriste (appliquée pourtant sur un objet non empirique, les normes) procède d'une observation rigoureuse de la frontière webérienne entre le savant qui décrit et le politique qui prescrit. Mais semblable séparation des tâches entre le monde de la science et l'univers de l'idéologie, largement subvertie dans les philosophies substantialistes, a été aussi l'un des grands dogmes du Cercle de Vienne auquel Kelsen n'a jamais appartenu même s'il n'a pu manquer de le prendre en considération.

■ *L'influence méthodologique du Cercle de Vienne*

En tant qu'elle est empiriste, la méthodologie préconisée par Kelsen dans la *Théorie pure du droit* est largement inspirée des conceptions épistémologiques développées par le Cercle de Vienne au début du xx^e siècle. Pour comprendre le programme épistémologique du Cercle de Vienne, il convient de lire son fameux Manifeste rédigé par Rudolf Carnap (1891-1970), Otto Neurath (1882-1945) et Hans Hahn (1914-1982) à l'adresse de leur chef de fil, Moritz Schlick (1882-1936), pour le remercier d'avoir choisi de revenir à l'Université de Vienne lors du retour de son séjour académique aux États-Unis (*R. Carnap, H. Hahn et O. Neurath, Manifeste du Cercle de Vienne, trad. A. Soulez, PUF, 1985*). Dans le sillage de la philosophie analytique née à Cambridge et représentée par les travaux de Bertrand Russell (1872-1970) et de son élève Ludwig Wittgenstein (1889-1951), des savants issus de divers horizons académiques se réunissent à l'Université de Vienne à partir des années 1920 pour entreprendre, autour du philosophe Moritz Schlick, une réflexion sur les conditions de possibilité du discours scientifique.

a) Le rejet de la métaphysique

Ce cercle compte parmi ses membres éminents les mathématiciens Hans Hahn, Kurt Gödel (1906-1978) et Karl Menger (1840-1921), le physicien Philipp Franck (1860-1944), le sociologue Otto Neurath, le philosophe Rudolf Carnap et bientôt l'épistémologue Karl Popper (1902-1994). Ils

sont représentatifs d'un important courant philosophique né au début du xx^e siècle : la philosophie analytique. Voilà une philosophie empiriste dont le programme consiste à dissoudre les questions métaphysiques en réduisant l'activité philosophique à une analyse logique du langage. Héritier de ce courant, le Cercle de Vienne est le berceau d'une école de pensée philosophique qui a pour nom le « positivisme logique ». Son principal mot d'ordre est qu'un énoncé ne mérite sa qualité d'énoncé scientifique que s'il est vérifiable. Soumettant ainsi l'activité scientifique à la tyrannie de l'expérience, le Cercle de Vienne est une école philosophique radicalement empiriste qui a pour objectif majeur le rejet de la métaphysique. Telle est d'ailleurs la cible privilégiée du positivisme sous toutes ses formes. D'Auguste Comte au positivisme logique, sans négliger le positivisme sociologique d'Émile Durkheim, on rencontre toujours la même croisade contre la métaphysique, tenue pour l'obstacle épistémologique le plus encombrant.

Originellement employé par Aristote, le terme de métaphysique renvoie à toute chose qui se situe au-delà de la physique, c'est-à-dire au-delà de ce qui est empiriquement perceptible dans le monde sublunaire. Il désigne ainsi tout ce qui peut susciter l'intérêt d'une philosophie détournée du monde sensible, de type dualiste et idéaliste, qui conçoit le monde comme tiraillé entre ce qui relève du sensible et de la réalité imparfaite d'un côté, et ce qui ressortit de l'ordre intelligible, parfait et idéal de l'autre. Cette tradition et cet engouement pour la métaphysique, ancrés dans la philosophie depuis Platon jusqu'à Descartes, plusieurs fois pris d'assaut par la déconstruction nominaliste, empiriste et matérialiste, culmine au xix^e siècle avec l'idéalisme allemand à travers les œuvres de Fichte (1762-1814), de Schelling (1775-1864) ou de Hegel (1770-1831). Le positivisme logique du Cercle de Vienne n'est rien d'autre qu'une réaction à cette domination de l'idéalisme allemand.

On peut trouver un exemple éclatant de ce rejet de la métaphysique sur fond de réaction à l'idéalisme allemand sous la plume de Rudolf Carnap qui s'exprime en ces termes :

« Au xix^e siècle, certains physiciens allemands comme Gustav Kirchoff et Ernst Mach disaient que la science ne devrait jamais demander « pourquoi ? », mais « comment ? ». Ils entendaient ainsi lui interdire de se lancer à la recherche d'agents métaphysiques inconnus auxquels attribuer la responsabilité de tel ou tel événement et lui prescrire de se restreindre à une description des événements en termes de lois. Cette interdiction du « pourquoi » ne se comprend que si l'on est au fait des circonstances historiques où elle fut prononcée. À l'époque, la philosophie allemande était dominée par la tradition idéaliste de Fichte, Schelling et Hegel. Ces derniers estimaient qu'il ne suffisait pas de décrire ce qui se passe dans le monde. Ils voulaient accéder à une compréhension plus riche, qu'on ne pouvait obtenir, pensaient-ils, qu'en trouvant les causes métaphysiques situées au-delà des phénomènes et inaccessibles à la méthode scientifique (...). Dans ma jeunesse, lorsque je faisais partie du Cercle de Vienne, certaines de mes premières publications furent rédigées précisément par manière de réaction contre ce climat philosophique de l'idéalisme

allemand» (R. Carnap, *Les fondements philosophiques de la physique*, trad. J.-M. Luccioni et A. Soulez, Armand Colin, 1973).

Cette réaction contre la métaphysique est si forte et si déterminée que l'on peut sans conteste tenir le positivisme logique pour la forme la plus aboutie et la plus radicale du positivisme. C'est que le positivisme philosophique d'Auguste Comte, aussi bien que le positivisme sociologique d'Émile Durkheim ou le positivisme étatiste de la doctrine juridique allemande emmenée par Laband et Jellinek ont érigé le fait social ou la volonté de l'État au rang de substances et ont trahi, chemin faisant, des relents de scientisme ou d'idéalisme auxquels le positivisme logique, préparé par la philosophie analytique, a su échapper. En soumettant l'acte de pensée philosophique à une analyse logique du langage, la philosophie analytique s'inscrit en effet dans le noble lignage du nominalisme et constitue, dès lors, une redoutable entreprise de déconstruction qui consiste à tenir pour des mots ce que la philosophie traditionnelle et spéculative tient pour des substances. En somme, la philosophie analytique dé-substantialise la philosophie et s'affiche comme un remarquable spécimen de relativisme.

C'est dans un tel contexte que prospère le Cercle de Vienne. Tout en puisant en même temps dans l'héritage de la philosophie transcendantale de Kant, forcément moins éloignée des rivages de la métaphysique que ne l'est la philosophie analytique, Kelsen tirera des enseignements influents de cette mouvance philosophique viennoise, une théorie de la science du droit qu'on considère habituellement comme le sommet indépassable du positivisme juridique.

b) Le projet d'aligner la science du droit sur le modèle de toutes les autres sciences

Cette influence du Cercle de Vienne sur Kelsen se ressent dans l'étrange analogie entre le projet que celui-ci se donne vis-à-vis de la science du droit et celui sur lequel est fondé le positivisme logique. Kelsen veut entreprendre avec la science du droit ce que le Cercle de Vienne a compté faire avec la philosophie : une révolution épistémologique qui consiste à lui imposer pour modèle discursif le langage de la science physique sachant que seul ce dernier, en tant qu'il est vérifiable, serait doté de sens. En d'autres termes, Kelsen n'est pas loin de caresser l'ambition wittgensteinienne de dissoudre la philosophie... du droit. De même qu'aux yeux des membres du Cercle de Vienne, la philosophie analytique doit remplacer la philosophie spéculative, la véritable philosophie du droit n'est autre, aux yeux de Kelsen, que la théorie générale du droit qui consiste « à analyser la structure du droit positif et à fixer les notions fondamentales de la connaissance de ce droit » (Kelsen, *Réponse à l'enquête de Michel Villey*, « *Qu'est-ce que la philosophie du droit ?*, *Archives de philosophie du droit*, n° 7, 1962, p. 131).

À la philosophie du droit qu'il tient pour une discipline métaphysique mobilisée, à l'instar des doctrines du droit naturel jusqu'à présent dominantes, pour la recherche vaine d'un objet non connaissable, la justice, Kelsen oppose la théorie du droit qui se donne comme objet la réalité du droit positif. Prenant l'exemple des tenants du positivisme logique, Kelsen part simplement en croisade, dans la *Théorie pure du droit*, contre les jugements de valeur qui seraient dépourvus de sens en tant qu'ils ne sont pas susceptibles de vérification. Il s'agit d'aligner la science du droit sur le modèle des sciences de la nature alors même que l'objet « droit », et là réside toute la difficulté pour un juriste de revendiquer le modèle du Cercle de Vienne, n'est pas un élément de la nature susceptible d'intéresser les sciences physiques.

Telles sont les premières lignes de la *Théorie pure du droit* : « *Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique* » (*Théorie pure du droit, op. cit., p. 9*).

Et comme pour mettre en évidence sa volonté d'aligner la science du droit sur le modèle des sciences empiriques, il écrit dans la préface de la première édition allemande, qu'il « *s'agit seulement d'activer un peu le développement de la science juridique à la lumière des résultats atteints par la philosophie des sciences, de telle sorte que le droit cesse d'être un parent pauvre des autres disciplines scientifiques et ne suive plus les progrès de la pensée d'une allure lente et claudicante* » (*ibid., p. 3*).

Autrement dit, le combat empiriste de Kelsen contre la métaphysique consiste à dessiner les traits d'une science juridique et à promouvoir, au sein de cette discipline dont il prescrit les canons méthodologiques, le seul usage de la connaissance à l'exclusion de la volonté qui imprègne, au contraire, l'idéologie ou la politique juridique. Ainsi, souligne-t-il, « *toute science a la tendance immanente de connaître son objet, tandis que l'idéologie dissimule la réalité, soit en la transfigurant, dans l'intention de la conserver, de la défendre, soit en la défigurant, dans l'intention de l'attaquer, de la détruire et d'y substituer une autre. Semblable idéologie a ses racines dans la volonté, et non dans la connaissance. L'existence des idéologies est liée à certains intérêts autres que celui de la vérité, quelle que puisse être par ailleurs leur importance ou leur valeur. Mais la connaissance finira toujours par déchirer les voiles dont la volonté enveloppe les choses* » (*ibid., p. 111*).

Où l'on redécouvre, à travers ces lignes, la critique de la métaphysique orchestrée par le Cercle de Vienne, notamment par Carnap qui assigne à l'idéologie la fonction d'accepter ou de rejeter la réalité plutôt que de l'expliquer, sous la bannière d'énoncés qui ne sont pas susceptibles d'être vrais ou faux et qui dès lors, en privilégiant la volonté au détriment du savoir, se trouvent dénués

de sens (R. Carnap, *La science et la métaphysique devant l'analyse logique du langage*, trad. E. Vouillemin, Herman et Cie, Paris, 1934).

Cette fonction « normative » de la métaphysique, selon l'opinion de Carnap, se trouve remplie de façon plus appropriée par l'art dans la mesure où elle consiste à exprimer le « sentiment de la vie ». La métaphysique, écrit-il dans le *Manifeste du Cercle de Vienne*, n'est qu'un substitut de l'art » et « les métaphysiciens sont des musiciens sans don musical ». En somme, la métaphysique fait en réalité peser sur la liberté de pensée un danger potentiel lorsque est utilisé, à l'appui de ses énoncés, le sceau de la vérité scientifique.

Dans la mesure où le positivisme kelsénien procède d'une ascèse méthodologique consistant à séparer jugements de valeur et jugements de réalité, on comprend donc bien qu'il a été influencé par le Cercle de Vienne auquel il a emprunté une approche empiriste de la science du droit. Mais Kelsen est kantien et a eu de grandes difficultés à assumer cette méthode empiriste en raison de la spécificité de l'objet « droit » à laquelle il était sensible. C'est cette prise en considération d'une spécificité du droit qui fait de Kelsen un idéaliste kantien. Aux yeux de Kelsen, en effet, le droit possède une identité. Une identité que l'héritier de Kant tient de l'attachement de celui-ci au dualisme *ontologique* entre l'être et le devoir-être et qui peut poser d'immenses problèmes en termes de pureté positiviste.

2 La Théorie pure du droit : une surestimation de la spécificité du droit

Cette promotion de la méthodologie empiriste fondée sur la critique viennoise de la métaphysique n'a pas pu se faire, chez Kelsen, sans poser quelques difficultés que celui-ci a su lui-même déceler et a tenté de lever au moyen de ce qui fait la spécificité de sa doctrine normativiste, à savoir l'usage, comme l'écrivit le juriste allemand Gustav Radbruch (1878-1949), d'un positivisme *sans positivité*. En effet, Kelsen a su très tôt percevoir les limites de l'empirisme épistémologique lorsqu'il s'agit de le confronter à la singularité de l'objet « droit ».

■ Un positivisme sans positivité

Dès les premières lignes de la préface à la première édition de la *Théorie pure du droit*, le maître autrichien signale que si la théorie juridique doit être « épurée de toute idéologie politique », elle doit l'être également « de tous les éléments ressortissant aux sciences de la nature », montrant par là qu'il est conscient « de son individualité qui est liée à la *légalité propre de son objet* ». Si la pureté de la théorie kelsénienne du droit vaut rejet de tout jugement de valeur, elle ne signifie pas pour autant qu'il faille caler le raisonnement du juriste sur les techniques du langage de la

science physique. C'est que le contenu d'une proposition de droit demeure, tout autant que celui d'un énoncé métaphysique, insusceptible d'être ni vrai ni faux.

Au sein du Cercle de Vienne, en effet, les énoncés métaphysique étaient réputés insignifiants en tant qu'ils portent sur des choses qui, dépassant les limites de l'expérience, rendent ces énoncés ni vrais ni faux. Or, si la fonction pragmatique de la proposition de droit, qui est l'énoncé auquel recourt le juriste pour décrire son objet, est rigoureusement empirique par cela seul qu'il s'agit d'une fonction descriptive, sa dimension sémantique en fait un énoncé qui est tout sauf empirique. La proposition de droit – ce que Kelsen appelle le *sollen* descriptif – dit en effet ce que prescrit la norme, en sorte que son contenu n'est pas moins métaphysique que le contenu, ni vérifiable ni falsifiable, de celle-ci. Pragmatiquement empirique, la proposition de droit est sémantiquement métaphysique. Certes, une telle disjonction entre la fonction pragmatique et la dimension sémantique de la proposition de droit n'empêche pas Kelsen de qualifier la science du droit de science empirique. Le maître autrichien déduit en effet le caractère empirique de la science du droit de sa seule fonction pragmatique, mais aussi de l'idée que la norme décrite par la proposition est la signification (ni vraie ni fausse) d'un fait empirique qui n'est autre que l'acte par lequel le législateur énonce la norme.

Cela étant dit, l'auteur de la *Reine Rechtslehre* se démarque de la conception radicalement empiriste des normes soutenue par le Cercle de Vienne, en particulier son fondateur Moritz Schlick qui définit la norme en ne considérant que l'acte par lequel celle-ci est posée. Kelsen comprend bien l'intérêt d'un tel réductionnisme car il procède de l'effort commun à tous les membres du Cercle de Vienne de soustraire l'éthique et, de manière générale, toute science normative, au domaine de la spéculation métaphysique. Mais il ne s'en désolidarise pas moins en précisant que la norme, irréductible à l'acte par lequel elle est posée, n'en est que la signification, c'est-à-dire une entité qui fait partie d'un univers empiriquement insaisissable et qui dès lors, au regard des critères du Cercle viennois, est insusceptible de connaissance au même titre que les universaux dont Guillaume d'Occam niait la réalité et dont la philosophie analytique voulait débarrasser la science.

Toutefois, la spécificité de l'objet de la science du droit qui rend particulièrement inapproprié, dans la perspective de le traiter, l'usage sans réserve des canons méthodologiques de l'empirisme du Cercle de Vienne, ne condamne pas cette science, aux yeux de Kelsen, à la spéculation métaphysique pour la simple raison qu'aussi invisible soit-elle, la norme n'est pas pour autant un devoir-être émanant d'une entité transcendante ni, « *comme dans l'éthique de Kant, un commandement sans sujet qui commande, une exigence sans sujet qui exige, c'est-à-dire une norme sans acte qui pose la norme* » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 65, note 1). Il n'en demeure pas moins que la « *légalité propre* » de l'objet droit, à laquelle Kelsen est si sensible, empêche ce dernier d'appliquer radicalement les préceptes méthodologiques du Cercle de Vienne. C'est en raison de sa conception *normativiste* du droit comme objet (un objet idéal, la norme, qui est une

entité dépourvue de réalité empirique et de *positivité*), que le juriste viennois a dû infléchir sensiblement le programme épistémologique empiriste qu'il partageait pourtant avec le positivisme logique au nom d'une commune aversion à l'égard de la métaphysique. D'où le recours kelsénien à la méthode transcendantale de Kant pour saisir l'objet « droit ».

■ *Kelsen, disciple de Kant*

Dans la mesure où il défend une conception normativiste qui refuse de regarder le droit comme un objet empirique, Kelsen a dû singulièrement infléchir son épistémologie a-métaphysique en y greffant une méthode inspirée d'Emmanuel Kant qu'on appelle l'idéalisme transcendantal. C'est que tout en partageant le rejet de la spéculation métaphysique des membres du Cercle de Vienne, Kelsen n'est pas, pour autant, un tenant de la philosophie analytique. Il est kantien. Cette posture qui mêle le rejet empiriste de la métaphysique à la philosophie transcendantale de Kant donne finalement au kelsénisme, aussi paradoxal que cela puisse paraître eu égard à l'exigence de pureté méthodologique que revendiquait le maître viennois, un parfum d'équilibre et de modération qui jure avec la réputation d'auteur radical que celui-ci traînait.

On le voit, le normativisme kelsénien ne s'inscrit pas dans le lignage de la philosophie analytique. Certes, dans la mesure où il propose une définition universelle du droit en la fondant sur un critère exclusivement formel et dénué de tout *a priori* en termes de contenu ou d'idéal de justice, le normativisme mérite bien d'appartenir à la catégorie des philosophies relativistes. Mais la *Théorie pure du droit*, que la postérité du maître autrichien appellera le normativisme est une théorie qui regarde le droit comme un système de normes hiérarchisées. Or, aussi éloignée soit-elle de toute considération métaphysique, une telle représentation pourtant rigoureusement formelle ne saurait relever de la philosophie analytique par cela seul qu'elle repose sur la conviction que le droit possède une ontologie distincte du fait. Sur le modèle cartésien du dualisme ontologique entre l'esprit et la matière, la fameuse distinction qu'affectionne Kelsen entre le *sollen* (le devoir être) et le *sein* (l'être) trahit chez ce dernier la croyance, qui lui vaudra le soupçon de naviguer dans les eaux troubles de la métaphysique, selon laquelle il existe une identité ontologique du droit.

En affirmant que la norme ne tire sa validité que d'une autre norme et en s'efforçant, au nom d'une préoccupation éminemment positiviste et anti-naturaliste, de séparer de manière irréductible le monde des valeurs entièrement livré au libre-arbitre humain et l'univers des faits ressortissant au déterminisme de la nature, Kelsen a fini par représenter le droit comme une sphère (voire une bulle) autonome, structurée de façon hiérarchisée (la fameuse hiérarchie des normes) et parallèle au monde des faits. Il en a paradoxalement livré une définition qui confine à la réification digne de la métaphysique et des philosophies les plus classiques.

Le normativisme renferme dès lors une part de substantialisme non négligeable. Voilà une représentation du droit qui prête à la norme, à l'instar de ce que Platon imputait aux Idées, une essence et une identité ontologique qui ne réside, bien évidemment, que dans sa structure formelle. Il y aurait, par-delà la relativité des valeurs dont il est la traduction formelle, une forme universelle du droit. En prétendant connaître l'identité formelle du droit, Kelsen tient de Kant la conviction idéaliste qu'il existe, parallèlement au monde sensible des faits, l'univers intelligible des concepts que la raison est à même de saisir de manière *a priori* et transcendante. D'où la tentation, chez ses adversaires contemporains qui comptèrent, à l'instar d'Alf Ross (1899-1979), parmi les plus grands réalistes de l'époque, de reprocher à Kelsen d'être un « quasi-positiviste ». C'est qu'en effet, la pensée juridique n'atteint peut-être les sommets escarpés du positivisme qu'avec l'empirisme logique et la démarche analytique du Cercle de Vienne.

Quoi qu'il en soit, la surestimation kelsénienne de la spécificité ontologique du droit qui consista à le réduire à sa seule dimension normative a conduit le maître de Vienne, pour préserver sa doctrine de toute dérive substantialiste, à se confronter à l'une des impasses épistémologiques les plus grandioses de la philosophie du droit.

■ *L'impasse épistémologique du normativisme*

Pour Kelsen, si le droit est impur en tant qu'il est déterminé par des valeurs dont il est le vecteur privilégié, il est par contre entièrement autonome par rapport aux faits auxquels il confère une signification normative et imprime une valeur objective. Tel est l'enseignement fondamental du normativisme qui tient pour incontournable l'autonomie du devoir-être vis-à-vis de l'être, c'est-à-dire l'irréductible étanchéité entre le normatif et le causal, le *sollen* et le *sein*.

a) Le dogme kelsénien de l'autonomie du droit

À l'impureté du contenu des normes, s'oppose selon Kelsen, l'autonomie de leur structure formelle dont la propriété qui les distingue du réel réside dans leur caractère idéal et empiriquement insaisissable. Si le contenu de la norme n'a pas d'autonomie dans la mesure où il exprime, avec le sceau de l'État, un système de valeurs particulier, c'est la texture de cette norme qui, en raison de son abstraction et de la dimension universelle de son mode de fonctionnement, demeure indépendante du programme idéologique que le contenu reflète.

Qu'elle soit édictée par des hommes au pouvoir qui se réclament d'une sensibilité politique particulière ou dans le cadre d'un régime politique fondé sur des valeurs contraires, la norme sera toujours dotée de cette invariable structure qui consiste, par un jugement hypothétique que Kelsen appelle le lien d'imputation, à relier une conséquence à un fait générateur sur le mode déontique du type « si A est, B doit être ». Quel que soit le but concret que poursuit la norme,

celle-ci se définira toujours comme la signification d'un énoncé qui porte sur ce qui doit être. Autant d'éléments de définition qui soustraient le droit à l'univers empirique des faits : par définition, ce qui doit être *n'est pas* et se présente, de surcroît, comme la signification d'un énoncé qui ne peut pas se réduire à ce dernier. Le devoir-être n'est qu'une entité idéale dont le contenu porte sur un projet dont la réalisation n'est jamais assurée.

Par où l'on voit, au demeurant, que la démarche de Kelsen est un positivisme sans positivité car le monde juridique est à ses yeux un pur monde de pensée tant en raison de son caractère idéal que de sa nature téléologique. Aussi, parce qu'elle s'inscrit dans cet univers irréel de l'intelligibilité, la structure formelle de la norme résiste aux aspérités du réel et se présente dès lors comme forcément universelle. Or, c'est dans cette universalité formelle que réside essentiellement l'autonomie du droit car si la structure de la norme est le support interchangeable, en raison de son idéalité, de n'importe quel contenu idéologique, elle est totalement indifférente, aussi, à la diversité des valeurs. Pour parler en termes marxistes, seul le contenu de la norme est une superstructure, mais sa forme échappe, quant à elle, à toute emprise historique et socio-économique. L'autonomie du droit que Kelsen déduit de l'intelligibilité de la structure formelle de la norme est d'autant plus remarquable qu'elle s'auto-alimente, comme le montre le célèbre exemple de la *Théorie pure du droit* sur la distinction entre le percepteur d'impôt et le brigand, au moyen d'un processus hiérarchisé qui demeure imperturbablement étranger à ce qu'expriment les faits.

b) La définition kelsénienne de la norme

Cette célèbre distinction est au cœur de la définition kelsénienne de la norme : la norme, selon Kelsen, est la signification objective d'un énoncé prescriptif de volonté (un énoncé qui porte ce qui doit être). Par « signification objective », Kelsen entend la signification dont le contenu est valable *aux yeux de tous*. Or, pour savoir ce qu'un énoncé (qui n'est qu'un fait dépourvu, en soi, de toute valeur normative) vaut, *aux yeux de tous*, il faut pouvoir interpréter cet énoncé par rapport à une norme supérieure qui fonctionne à la manière de ce que Kelsen appelle un *schéma d'interprétation*. Cette méta-norme est un schéma d'interprétation, c'est-à-dire un étalon qui permet de qualifier les faits et de leur attribuer une valeur objective, identique *aux yeux de tous*.

Autrement dit, seul le droit confère aux faits leur valeur juridique. En soi, les faits n'ont aucune valeur normative et leur observation sensorielle ne permet pas de les distinguer. Ce que *fait* un percepteur d'impôt est intrinsèquement identique à ce que *fait* un brigand : prélever à un individu, de façon contraignante, une somme d'argent. De même, le geste d'un bourreau est semblable, en soi, à celui d'un assassin : donner la mort à une personne. Leur différence ne provient pas de leur matérialité intrinsèque mais de leur valeur normative qui leur est attribuée de l'extérieur, par la norme. D'où l'objectivisme de la conception kelsénienne du droit.

Seule l'opération intellectuelle (et non sensorielle) de qualification juridique permet de faire la différence entre l'avis d'imposition du percepteur et la menace physique du brigand : la première est juridiquement valide à l'exclusion de la seconde parce que la loi fiscale imprime au geste du percepteur une valeur objectivement différente de celle qu'elle donne au brigand. Mais cette opération intellectuelle de qualification qui permet de discriminer, au-delà des limites de ce qu'offre un simple regard empirique sur les faits, entre ce qui est normatif et ce qui relève du simple rapport de force, ne sera pas satisfaisante tant que ne sera pas élucidée la question de la valeur juridique de l'acte d'énonciation de la loi fiscale. Comment s'assurer qu'un tel acte n'est pas le fait d'une bande d'usurpateurs qui se prétendent législateurs ? La réponse à cette question résidera exclusivement dans une nouvelle opération de qualification dont la norme constitutionnelle, qui habilite le Parlement à voter chaque année la loi fiscale, servira de schéma d'interprétation.

Toute la thèse kelsénienne de l'autonomie du droit réside dans ce processus d'auto-engendrement du droit que l'auteur de la *Théorie pure du droit* a exprimée dans la célèbre formule aux termes de laquelle « le droit règle lui-même sa propre création ». Chez Kelsen, le droit est comme le roi Midas qui transformait en or, dans la mythologie grecque, tout ce qu'il touchait : le droit confère à tous les faits une valeur juridique. C'est exclusivement par le droit que chacun est en mesure d'attribuer à n'importe quel fait une valeur conforme ou contraire au droit. Seul le droit engendre le droit. Voilà en quoi tout ordre normatif, selon Kelsen, est mentalement structuré de façon hiérarchique. Les normes ne sont pas juxtaposées les unes à côté des autres mais structurées de façon hiérarchisée afin de pouvoir conférer à chaque fait une valeur normative objective. L'ordre juridique est une hiérarchie des normes au sommet de laquelle trône la Constitution.

Mais qui ne voit que la conception normativiste selon laquelle seul le droit régit les conditions de la création du droit nous conduit vers une impasse redoutable, celle de la régression à l'infini ? Toute la difficulté est en effet d'identifier la référence qui permet de savoir si l'énoncé dont les auteurs prétendent adopter une Constitution à l'issue d'une révolution ou d'un coup d'État est bien, objectivement, l'énoncé d'une Constitution. La nasse intellectuelle dans laquelle s'est enfermé Kelsen en refusant de fonder le devoir-être nulle part ailleurs que dans le devoir-être, le contraint alors à recourir à un procédé méthodologique de type transcendantal et très kantien : la *grundnorm* (ou norme fondamentale).

■ **Le recours transcendantal à la grundnorm**

Dans la mesure où la Constitution est la norme suprême d'un ordre juridique, aucune norme de droit positif ne peut fonder sa validité. Aucune norme de droit positif ne saurait tenir lieu de schéma d'interprétation permettant de qualifier objectivement l'énoncé d'une assemblée

révolutionnaire comme l'énoncé d'une norme constitutionnelle. Prisonnier de la dualité de l'être et du devoir-être, Kelsen ne peut fonder la validité d'un tel acte sur le fait révolutionnaire sans méconnaître le dogme de l'autonomie du droit auquel il est lié. Aussi, comme il est inconcevable, pour lui, d'invoquer le droit naturel, il a recours à une fiction qui consiste à *faire comme si* la Constitution historiquement originaire d'un ordre juridique était valide.

a) Une fiction et non une hypothèse

En s'inspirant de la philosophie du « comme si » du penseur allemand néo-kantien Hans Vaihinger (1852-1933) (*Die philosophie des Als Ob, Berlin, Reuther & Richard, 1911*), Kelsen considère qu'il est possible de connaître son objet indépendamment de l'expérience. Telle est la méthode philosophique qu'il emprunte à Kant en tournant le dos à l'empirisme : l'idéalisme transcendantal.

L'idéalisme transcendantal n'est pas l'expression d'une quelconque transcendance à l'instar de celle que les doctrines du droit naturel attribuent à la nature. Il s'agit d'une méthodologie de la connaissance consistant à penser le monde indépendamment de l'expérience. Il est la manifestation d'une réaction d'Emmanuel Kant à toute la tradition sensualiste et empiriste qui s'opposa au cartésianisme pour considérer, depuis John Locke jusqu'à David Hume en passant par Condillac (1714-1780), que le monde n'est connaissable que par les sens. Pour Kant, il est possible de connaître le monde, de façon *a priori*.

Plus exactement, la raison ne se donne pas pour tâche de connaître empiriquement le monde, de façon *a posteriori*. Elle aurait pour fonction, selon Kant, de se demander comment il peut être pensé. Kant est le philosophe qui s'intéresse aux conditions de possibilité de la connaissance. Face à un objet, le droit, qui n'a pas de réalité empirique, Kelsen applique cette méthode transcendantale en fondant la validité de la Constitution sur une norme qui n'est pas posée mais pensée. La *grundnorm* n'a d'autre fonction qu'épistémologique.

À travers la *grundnorm*, on aperçoit toute l'influence de la philosophie criticiste d'Emmanuel Kant qui réside dans ce détour obligé vers lequel le penseur de Königsberg conduit le sujet savant désireux de connaître : avant de connaître, il convient de s'interroger sur le point de savoir si l'énoncé par lequel on prétend connaître est légitime et pertinent au regard des critères de la connaissance. Kant s'intéresse moins à la connaissance qu'aux conditions de possibilité de la connaissance. D'où la nécessité, dans le cadre d'une science qui ne saurait être le simple reflet ni la simple reproduction d'un réel insaisissable, d'arrêter un concept non pas dans le dessein de le régler sur l'objet mais par rapport auquel l'objet est invité à se régler. Pour prendre un exemple illustratif du rôle épistémologique que joue la *grundnorm*, il suffit d'examiner celui que détient, pour la compréhension des rapports entre le droit international et le droit interne, la condition logico-transcendantale de la supériorité du premier sur le second : comment penser le droit international, s'interroge

Kelsen, sinon en le concevant comme supérieur au droit interne des États ? Il faut supposer le droit international supérieur aux droits internes pour concevoir le droit international, faute de quoi, on se heurte à la loi de Hume qui interdit d'inférer un devoir-être (le droit international) d'un être (le fait brut de la volonté étatique). C'est que Kelsen affirme, en vertu de sa conception objectiviste du droit, qu'il n'est pas possible de concevoir le droit autrement que comme un droit objectivé. Dès lors, il n'est pas non plus possible d'imaginer le droit international s'il n'est pas soustrait à l'empire des subjectivités souveraines des États (*H. Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, RCADI, vol. 14, 1926-IV, p. 289 et s., spéc. p. 323*).

Tel est le type de condition transcendantale que représente la *grundnorm* pour penser un ordre juridique interne : comment s'y prendre, se demande Kelsen, sinon en réputant valide sa Constitution ? Si la science juridique veut qu'il soit possible d'interpréter les actes posés conformément à la Constitution comme des actes créateurs de normes, elle doit supposer valide cette même Constitution, faute de quoi, on doit considérer qu'on est en présence d'une situation de rapports de force.

Pour le dire autrement, la *grundnorm* n'est pas une hypothèse vérifiable, provisoire ou falsifiable. C'est la condition de « pensabilité » d'un objet non empirique, une condition que Kelsen qualifie, en termes très kantien, de « logico-transcendantale ». Hans Vaihinger, philosophe néo-kantien, ne dit pas autre chose lorsqu'il attribue aux fictions, le rôle de chemin méthodologique par lequel circule le savant pour construire son objet scientifique. C'est ainsi que le libre arbitre est la fiction nécessaire qu'utilise le juriste pour penser la responsabilité de l'individu : si la science juridique veut qu'il soit possible de rendre chacun responsable de ses actes, elle doit supposer que de tels actes ont été accomplis librement. Or, la liberté n'est pas une hypothèse dans la mesure où nul ne peut en vérifier, sur le plan anthropologique, l'existence empirique sans se heurter aux thèses du déterminisme. Pour reprendre le vocabulaire d'Emmanuel Kant, la liberté est un idéal régulateur.

Il en est de même s'agissant de la *grundnorm*. Il n'a d'ailleurs jamais été question, chez Kelsen, de prétendre ériger la norme fondamentale au rang d'hypothèse scientifique analogue à celles qui sont éprouvées dans les sciences empiriques pour lesquelles l'objet, perceptible par les sens, ne nécessite aucun effort de construction *a priori* et peut être tout naturellement vérifié au moyen de l'expérimentation. Si l'objet des sciences empiriques peut en effet être appréhendé par le détour d'une expérience qui confirmera ou démentira l'hypothèse, l'objet des sciences juridiques n'est pas, selon Kelsen, de l'ordre du sensible. Par définition, le devoir-être *n'est pas* et se présente, surtout, comme la signification d'un énoncé qui rend impossible toute démarche empirique à son égard. La *grundnorm* est alors la fiction nécessaire par laquelle transite la pensée du juriste pour se représenter le droit qui est empiriquement insaisissable. Elle est le signe de l'immense difficulté dans laquelle s'est placé le normativisme en surestimant la dimension idéale et normative du droit et en refusant, comme le feront les théories réalistes, de l'appréhender

comme un objet empirique. Au fond, la *grundnorm* exprime l'embarras dans lequel le dogme de l'autonomie du droit plonge le juriste.

b) L'impasse théorique du dogme de l'autonomie du droit

Le monde juridique étant regardé par Kelsen comme un pur monde de pensée, tant en raison de son caractère idéal que de sa nature téléologique, le maître autrichien se propose donc de le saisir en appliquant la méthode kantienne qui consiste, de manière constructive, non pas à constater l'objet mais à se demander *comment* il doit être pensé : pour fonder la validité d'un ordre juridique dont la Constitution, norme suprême, ne peut pas avoir été prescrite sur le fondement d'une norme supérieure elle-même posée, il ne reste plus qu'à supposer la validité de cette Constitution.

Cette supposition – cette fiction – est la fonction épistémologique de la *Grundnorm* qui est le seul moyen pour Kelsen d'expliquer la juridicité d'une Constitution en raison de l'impossibilité logique de faire reposer sa validité sur un élément de fait. Il serait en effet tentant d'invoquer cet élément factuel qui à travers les révolutions réussies, se trouve souvent à la source d'un nouvel ordre légitime qu'exprime la nouvelle Constitution. Kelsen se l'interdit car une révolution, événement subversif, demeure un fait contre le droit en vigueur qu'elle prétend anéantir. On ne peut donc pas déduire la validité du nouvel ordre juridique sur un fait contraire au droit sans méconnaître la dualité irréductible du *sein* et du *sollen*.

C'est pourtant l'effectivité d'une nouvelle régulation sociale à l'origine de laquelle se trouve la subversion qui va favoriser les conditions d'installation d'un nouvel ordre juridique valide. Kelsen en est conscient. Si l'effectivité n'est pas le fondement de la validité d'un ordre juridique nouveau à l'origine duquel se situe le fait de subversion, il en est quand même la condition. Kelsen affirme ainsi dans la *Théorie pure du droit* :

« Les normes d'un ordre juridique positif sont valides parce que la norme fondamentale qui forme la règle fondamentale de leur création est supposée valide, non parce qu'elles sont efficaces ; mais elles ne sont valides que si, et par conséquent tant que cet ordre juridique est efficace » (*ibid.*, p. 287).

Autrement dit, tandis que le fondement de la validité de l'ordre juridique est la norme fondamentale qui le suppose valide, la condition de sa validité n'est autre que son effectivité. Kelsen l'exprime en précisant que l'effectivité n'est pas une condition *per quam* de la validité de l'ordre juridique mais qu'elle en est la condition *sine qua non*. Ce qui revient à dire, finalement, que si la dualité du *sein* et du *sollen* constitue un obstacle épistémologique redoutable pour déterminer la validité de la Constitution, elle laisse néanmoins des ouvertures qui permettent de définir celle-ci au moyen de la notion d'efficacité. Par le recours à la *grundnorm*, Kelsen a utilisé l'une de ces

ouvertures en ne *supposant* valide que la « *Constitution qui est en gros et de façon générale efficace* » (*ibid.*, p. 286).

D'où les limites de l'idéalisme transcendantal et le recours indispensable aux sens pour définir l'objet « droit » : tout se passe comme si Kelsen ne pouvait supposer la validité qu'après avoir fait l'expérience de l'effectivité d'un ordre juridique. L'observation empirique de l'histoire, à l'enseignement de laquelle on peut constater rétrospectivement la légitimité d'un ordre juridique, permettrait de supposer valide la Constitution de celui-ci. Voilà l'histoire érigée au rang de tribunal de la raison juridique : le décret du 17 juin 1789 par lequel les États généraux, s'érigeant en Assemblée nationale, décidèrent de substituer la technique du vote par têtes à celle du vote par ordres au nom d'un seul et même ordre, la Nation, s'affiche comme un fait contre le droit en vigueur. Mais dans la mesure où la patine du temps aurait contribué à hisser cet acte au rang de Constitution historiquement originaire, il serait concevable, avec Kelsen, de le supposer valide, contrairement à la loi du 10 juillet 1940, très rapidement disqualifiée par l'histoire, qui confia les pleins-pouvoirs au Maréchal Pétain.

Ce recours à la notion d'effectivité maintient Kelsen dans les limites strictes du positivisme en raison de la neutralité axiologique dont se réclame l'analyse historique. Mais il l'éloigne, chemin faisant, des rivages de l'idéalisme transcendantal. Où l'on voit finalement que dans l'esprit du maître viennois, empêtré dans les difficultés que lui réserve l'approche normativiste du droit, l'empirisme humien le dispute à l'idéalisme kantien. On comprend que les théories réalistes du droit se passent aisément du recours à la norme fondamentale, dès lors que selon elles, l'objet juridique est dépourvu d'autonomie et se ramène au contraire à des faits de réalité qui s'observent dans le comportement effectif des organes d'interprétation, d'élaboration et d'application du droit.

Le réalisme juridique

Chapitre 7

Il est des juristes, très attachés à la question du langage, qui vont au xx^e siècle, tirer parti de la philosophie analytique (1) pour en appliquer les enseignements à la question du droit. En France, cette influence donnera lieu à l'émergence et au développement d'une théorie radicalement relativiste, la théorie réaliste de l'interprétation (2).

1 L'influence de la philosophie analytique

La philosophie n'est pas forcément étrangère à toute rigueur scientifique. C'est qu'il convient de prendre en compte la place particulière qu'occupe, à l'intérieur du champ de la philosophie, la philosophie analytique qui a rendu d'énormes services à la théorie positiviste du droit.

Voici qu'il s'agit d'un courant philosophique, d'inspiration essentiellement anglo-saxonne, né au début du xx^e siècle, dont la principale revendication fut de tourner le dos à la philosophie traditionnelle, dite spéculative et continentale, qui dominait jusque-là la pensée occidentale depuis Socrate. Autrement dit, une philosophie « anti-philosophique », une philosophie de type empiriste au programme hautement provocateur qui consiste, comme l'avait formulé l'un de ses illustres représentants, Ludwig Wittgenstein, à « dissoudre les questions philosophiques ». Si cette mouvance appartient à une tradition anglo-saxonne, beaucoup d'auteurs qui en relèvent sont des produits de la prestigieuse culture autrichienne de l'entre-deux-guerres, à l'instar de Carnap, Wittgenstein ou Popper. Beaucoup d'entre eux, en effet, ont émigré en Angleterre ou aux États-Unis pour fuir les persécutions nazies. En France, la philosophie analytique a trouvé son relais dans les travaux de Jacques Bouveresse et plus récemment dans ceux de Pascal Engel ou de Sandra Laugié.

Elle considère que l'activité philosophique doit se ramener exclusivement à une analyse logique du langage et non, comme s'y est employée la philosophie traditionnelle, à une spéculation sur des entités ou des essences métaphysiques (le sujet chez Descartes, le surhomme chez Nietzsche, l'étant chez Heidegger, etc.). Tous redevables, malgré l'irréductible originalité du parcours et de la pensée de chacun, des travaux de Gottlob Frege (1848-1925) et de Bertrand Russell (1872-1970) qui ont renouvelé et modernisé les bases de la logique au sujet de laquelle Aristote était jusqu'à présent resté la seule et ancienne référence, les auteurs appartenant à l'univers de la philosophie analytique à l'instar de Rudolph Carnap (1891-1970), Alfred Whitehead (1861-1947), Georges Edward Moore (1873-1958), Ludwig Wittgenstein (1889-1951), Karl Popper (1902-1994) ou Willard Van Orman Quine (1908-2000), considèrent que les énoncés métaphysiques sont dépourvus de signification. Si la proposition « la terre est plate » détient une signification par cela seul qu'elle est falsifiable, l'énoncé « la terre est belle » n'a pas de sens car elle n'est l'expression que d'une émotion.

Seuls ont une signification les énoncés analytiques (« aucun célibataire n'est marié ») et les propositions empiriques (« la neige est blanche »). La valeur de vérité des premiers est inscrite dans leur forme logique en ceci qu'ils sont vrais s'ils sont des tautologies et faux s'ils sont des contradictions. La valeur de vérité des seconds dépend quant à elle de leur correspondance avec la chose (le référent) qu'ils désignent et nécessite, pour l'apprécier, la mise en œuvre d'un test expérimental qui permettra de dire si l'énoncé est vrai ou faux.

Aucune procédure de vérification de ce type n'est possible en présence d'une proposition métaphysique du type « l'homme est libre » ou « l'esclavage est illégitime », proposition dont le référent, qui est le siège d'un sentiment ou d'un jugement de valeur, ne relève pas du ressort de la logique et se trouve dépourvu d'objectivité empirique. En somme, dans le cadre de son combat contre la métaphysique, la philosophie analytique s'intéresse aux conditions langagière et sémantique de l'énoncé doué de sens, à la grammaire du discours scientifique. En sorte que selon l'un des grands représentants du courant analytique, Moritz Schlick (1882-1936), « l'empiriste ne dit pas au métaphysicien : « Vos mots assertent quelque chose de faux », mais : « Vos mots n'assertent rien du tout ! » (*M. Schlick, Positivism and realism, in Philosophical papers, II, Dordrecht (Holland), Boston, London, Vienna Circle Collection, 1979, p. 284*).

Toujours selon Schlick, « l'empiriste ne contredit pas le métaphysicien, mais lui dit : « Je ne vous comprends pas ». C'est ainsi qu'en 1929, le célèbre Cercle de Vienne évoqué plus haut et fondé par Moritz Schlick, regroupant de nombreux savants qui rejoindront les rangs de la philosophie analytique, affichait dans son Manifeste l'ambition de développer une « conception scientifique du monde » au nom d'un positivisme logique dont l'objet était d'éliminer la métaphysique. Le texte le plus emblématique de cette croisade, tiré du *Manifeste du Cercle de Vienne*, est celui

de Rudolf Carnap qui s'intitule « Le dépassement de la métaphysique par l'analyse logique du langage » (*trad. A. Soulez, in Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits, Paris, PUF, 1985*).

Les juristes qui vont tirer parti des enseignements de la philosophie analytique se regroupent donc sous la bannière générique de l'école réaliste. Au début du xx^e siècle, cette école prend le nom d'*Analytical jurisprudence* aux États-Unis et fut représentée par des auteurs comme Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Carl Llewellyn (1893-1962) ou John Chipman Gray (1839-1915). Dans les années soixante, elle s'exportera en Europe, essentiellement en Scandinavie sous l'autorité d'Alf Ross et d'autres auteurs qui formeront l'école spécifique du réalisme scandinave. Des nuances non négligeables permettront au demeurant de distinguer réalisme américain et réalisme scandinave. En Italie, sous l'égide du turinois Norberto Bobbio, se développera à partir des années cinquante un important courant analytique que d'éminents auteurs contemporains sauront entretenir par la suite à l'instar de Riccardo Guastini à Gênes. Le réalisme trouvera en France, à partir de la fin des années soixante-dix, un relais puissant au sein de l'école dite de Nanterre créée par Michel Troper.

Pour cette vaste mouvance, les énoncés juridiques font partie de ces fameuses propositions métaphysiques visées par la philosophie analytique dans la mesure où ce qu'ils désignent n'est rien d'autre qu'un ensemble de normes qui traduisent des valeurs empiriquement insaisissables. C'est ainsi que les notions de justice, de droits subjectifs, d'obligations, de responsabilité, sont démunies de toute signification comme l'explique l'un des plus éminents réalistes scandinaves, Alf Ross, qui affirme : « Dans la phrase « Si un prêt est accordé, alors naît une créance », la créance n'est pas un objet réel, (...) c'est rien du tout, juste un mot vide de toute référence sémantique. Cette proposition ne fait véritablement sens que si elle est formulée ainsi : « Si un prêt a été accordé, alors le paiement sera effectué le jour de l'échéance » (A. Ross, *Tû-Tû, Harvard Law Review, vol. 70, 1957, p. 818*). Le mot « créance » sert donc ici à éviter de dire « alors le paiement sera effectué le jour de l'échéance ».

Où l'on voit que l'analyse logique du langage à laquelle nous invite la philosophie analytique permet de désacraliser considérablement la nature des normes juridiques. Dénuées de référent, les normes juridiques qui ne sont finalement que l'expression d'énoncés opératoires, des raccourcis terminologiques, des outils commodes de représentation, ont une fonction qui trahit l'absence d'identité ontologique du droit. Le droit n'a pas d'essence qui lui soit propre et derrière son voile métaphysique qu'une pensée idéaliste a trop longtemps réifié, aux yeux des tenants de la philosophie analytique, il n'y aurait que des faits qui s'analysent en termes de rapports de force. C'est le type même de conclusion à laquelle conduit le raisonnement *analytique*, c'est-à-dire un raisonnement philosophique qui analyse et détache ce qu'une pensée spéculative a relié (synthétisé) au point de former indûment des entités invisibles, parfois utiles pour le vécu, mais superflues et encombrantes au regard de l'entendement.

Derrière les commandements du souverain, qui n'ont intrinsèquement aucune *obligatorité* alors même qu'ils bénéficieraient d'un haut degré de légitimité, fût-elle démocratique, s'expriment en fait des rapports concrets de force avec leurs destinataires. D'où le réalisme dont cette école de juristes se réclame. Empiristes, ces derniers réduisent le droit à un ensemble de faits et de pratiques et s'intéressent, par exemple, à ce que *font* réellement les juges derrière ce qu'ils *disent* faire. Au lieu d'appliquer une norme qu'ils disent se contenter d'appliquer alors qu'elle n'a, conformément aux enseignements de la philosophie analytique, aucune ontologie ni aucune existence objective avant sa prétendue mise en application, ils ne font rien d'autre, en réalité, que la créer. Tel est l'un des résultats majeurs de l'utilisation, par les juristes réalistes, des apports de la philosophie analytique : loin d'être une innocente entreprise d'exécution, l'interprétation judiciaire est la véritable opération de création du droit.

Voilà des juristes qui déchirent les apparences en déconstruisant le discours des juges : derrière ces apparences (ce que disent faire les juges), ils démasquent ce qui se passe réellement (les juges font la loi). Loin de toute préoccupation spéculative sur la vérité du juste, ils ne s'intéressent qu'à la réalité du droit qui se ramène, en dernière analyse, aux comportements des acteurs qui appliquent les textes juridiques. Tel est, en France, le programme méthodologique de la théorie réaliste de l'interprétation.

2 La théorie réaliste de l'interprétation

En dévoilant ce que fait *réellement* le juge derrière ses énoncés, la théorie réaliste de l'interprétation reconnaît à l'interprète une souveraineté normative dans l'opération de construction du sens d'un énoncé juridique. Son principal auteur, Michel Troper, est parvenu à cette conclusion radicale en s'appuyant non seulement sur ses devanciers réalistes mais en fournissant surtout un effort de déconstruction de la théorie kelsénienne de l'interprétation dont il a montré les limites.

■ Les limites de la théorie normativiste de l'interprétation

On se souvient de la distinction établie par Kelsen entre la proposition de droit (descriptive) et la norme (prescriptive). Le maître autrichien a transposé cette distinction dans le domaine particulier de l'interprétation, en opposant l'interprétation scientifique (descriptive) à l'interprétation authentique (prescriptive). Le réalisme juridique invite à regarder cette nouvelle dualité comme illusoire. En analysant de façon très critique le dernier titre de la *Théorie pure du droit* consacré à l'interprétation, Michel Troper lui substitue la distinction entre le texte et la norme.

a) Une dualité illusoire : interprétation scientifique/interprétation authentique

Le titre VIII de la *Théorie pure du droit* est en effet consacré au problème de l'interprétation, rédigé au demeurant dans une relative brièveté rédactionnelle qui témoigne, selon les réalistes, d'une certaine négligence du maître viennois quant à la question herméneutique et explique, à leurs yeux, les positions « naïves » du normativisme sur l'émergence de la signification en droit.

Conscient du caractère indéterminé des normes juridiques, Kelsen admet que l'interprète dispose d'une marge de manœuvre au moment de leur application. Mais il considère en même temps que cette latitude n'est pas absolue. Elle serait encadrée par un champ des possibles que toute norme renferme et qu'il appartient à la science du droit de définir en toute objectivité. C'est ainsi qu'il distingue dans ce passage de la *Théorie pure du droit*, l'interprétation scientifique de l'interprétation authentique. La première est le produit de la connaissance du savant juriste qui détermine objectivement les différentes significations potentielles qu'une norme renferme. La seconde est le résultat de la volonté du juge qui choisit, parmi ces diverses significations possibles, celle qu'il va retenir pour résoudre le litige qu'il lui incombe de trancher. Elle est dite authentique dans la mesure où la signification retenue s'imposera dans l'ordre juridique avec l'autorité de la chose jugée (ce qui suppose, comme l'affirmera plus tard Michel Troper, que l'interprétation authentique ne peut être que le monopole d'une Cour suprême au sein d'un ordre juridique). Par « authentique », il s'agit donc d'entendre l'interprétation « valide » par opposition à l'interprétation vraie. La première n'est ni vraie ni fautive mais elle a le privilège de s'imposer avec des effets de droit. La seconde ne jouit d'aucune validité mais elle exprime une vérité car elle est le fruit de la connaissance, révélée par la science du droit, de toutes les significations potentielles qu'une norme renferme. C'est pourquoi, selon Kelsen, l'interprétation du juge serait un acte de volonté précédé et encadré par une activité de connaissance.

D'où la distinction qu'il convient de faire, selon lui, entre une interprétation comme acte de connaissance à laquelle se livre préalablement la science du droit (interprétation scientifique) et celle qu'une autorité habilitée d'un ordre juridique produit, par un acte de volonté, avec l'authenticité juridique que lui confère son appartenance à cet ordre (interprétation authentique). Dans cette perspective, la norme juridique se présenterait comme un cadre à l'intérieur duquel la science juridique serait à même de recenser, par des énoncés en quantité exhaustive et susceptibles d'être vrais ou faux, les diverses significations potentielles que renferme ce cadre. A cette opération scientifique et objective dictée par la connaissance d'un donné polysémique, succède et s'oppose le stade politique et subjectif du choix, par un juge ou une quelconque autorité habilitée par l'ordre juridique à appliquer et sanctionner la norme, d'une signification possible parmi toutes celles que la science du droit a recensées.

On reconnaît ainsi, à travers cette distinction entre la vérité de l'interprétation scientifique en quête de laquelle se mobilise le juriste et la liberté de l'interprétation authentique dont jouit le juge, la reproduction du dualisme entre la proposition de droit (qui décrit) et la norme juridique (qui prescrit). L'interprétation scientifique a le même statut pragmatique que la proposition de droit. Elle est descriptive quand l'interprétation authentique, au contraire, qui est une prescription, a le statut pragmatique d'une norme. Où l'on voit avec évidence les limites de la conception kelsénienne de l'interprétation. C'est que l'auteur de la *Reine Reichslehre* ne cesse d'écrire que le juge « interprète la norme » en soulignant que celle-ci est un cadre. Cela suppose donc une normativité qui précède l'intervention du juge et implique, par voie de conséquence, le caractère normatif et prescriptif du stade scientifique de l'interprétation dont on sait pourtant, par définition, le caractère descriptif et... a-normatif.

Dans le titre VIII de la *Théorie pure du droit*, on apprend en effet que l'interprétation authentique n'est pas totalement créatrice de droit dans la mesure où elle se réalise à l'intérieur d'un cadre qui est donné au juge et qui offre à ce dernier le choix entre plusieurs possibilités d'application. Si le maître viennois regarde ce choix comme un acte discrétionnaire, c'est exclusivement au stade de cette sélection qu'il aperçoit la liberté dont jouit l'interprète, de sorte que l'opération d'interprétation à laquelle se livre un organe quelconque d'application du droit ne constitue pas une opération de pure volonté mais un processus intellectuel mêlant la volonté à la connaissance du cadre à l'intérieur duquel cette liberté s'exerce. C'est en ces termes que Kelsen résume sa vision du processus d'interprétation : « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance » (*Théorie pure du droit*, p. 340).

Entachée d'une dose de substantialisme inadmissible aux yeux des réalistes pour lesquels un tel cadre n'est pas connaissable, cette conception de l'interprétation que défend Kelsen repose sur l'inopportune utilisation, pour désigner l'objet de l'interprétation, de la terminologie dont se servent ces mêmes réalistes pour qualifier son résultat. Le mot « norme » qui irrigue tout le vocabulaire du fondateur de l'École normativiste sert en effet à évoquer, dans le titre VIII de la *Théorie pure du droit*, ce cadre à l'intérieur duquel se déploie la marge de manœuvre de l'interprète. D'où l'égarement de Kelsen qui pense que la « norme » se situe en amont du processus d'interprétation authentique alors même qu'elle n'est rien d'autre, pour l'École réaliste, que le produit exclusif de celle-ci. En affirmant, à défaut d'user d'une autre terminologie, que le juge interprète la « norme », Kelsen se trouvait d'ailleurs confronté à ses propres contradictions dans la mesure où la norme étant, comme il l'a toujours expliqué, la *signification* d'un énoncé qui porte sur ce qui doit être, cela revenait à soutenir qu'interpréter une norme consiste à déterminer la signification d'une *signification*.

En usant du mot « texte » (ou disposition), comme s’y emploieront les réalistes, pour désigner ce qui fait l’objet de l’interprétation, Hans Kelsen ne se serait pas heurté à une pareille impasse conceptuelle et peut-être eût-il été amené à reconnaître, dès l’écriture de la *Théorie pure du droit*, que les conséquences logiques de sa propre définition de la norme et de l’interprétation ne pouvaient que le conduire à inférer que la première n’est pas le point de départ mais bien plutôt l’aboutissement de la seconde. Dès lors que la norme est la signification d’un acte de volonté et que l’interprétation est elle-même l’opération de détermination d’une signification, ce qui fait l’objet d’une interprétation ne peut être qu’un texte. La norme en sera le résultat. D’où la distinction texte/norme que Michel Troper juge préférable à la distinction interprétation scientifique/interprétation authentique.

b) Une distinction opératoire : le texte et la norme

En substituant la distinction entre le texte et la norme à celle qui oppose l’interprétation scientifique et l’interprétation authentique, Michel Troper considère que le choix qu’effectue le juge entre différentes significations possibles, frappé du sceau de l’autorité de la chose jugée, n’est absolument pas encadré. Aveugle, le texte n’est pas un cadre connaissable susceptible de renfermer une liste exhaustive de significations potentielles. Il n’a aucune substance et n’est rien d’autre qu’un « néant » normatif, un support graphique auquel il incombe au juge de prêter une signification. De sorte que l’interprétation n’est plus un choix mais, beaucoup plus radicalement, une décision. Le relativisme de la théorie réaliste de l’interprétation est... absolu. Ses détracteurs lui reprochent son nihilisme. Contrairement à Kelsen, selon qui le sens des normes est en partie connaissable, dans ses diverses potentialités, au sein même du cadre à l’intérieur duquel il s’agirait de trancher, les réalistes ne reconnaissent pas cette activité de connaissance et accordent à l’interprétation authentique le monopole de la production du droit au point de réduire l’interprétation juridictionnelle à une fonction de pure décision. On a même pu qualifier la théorie réaliste de l’interprétation de « décisionnisme judiciaire » (*S. Rials, La démolition inachevée. Michel Troper, l’interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique, Droits, n° 37, 2003, p. 49*).

Ce faisant, en s’inspirant des enseignements de l’école analytique italienne distinguant l’énoncé linguistique (le texte) de la norme (le fruit de l’interprétation de l’énoncé), le réalisme tropérien propose une alternative pour sortir de l’étau kelsénien relatif aux critères de la validité en conduisant la thèse du maître de Vienne relative à l’interprétation comme acte de volonté jusqu’au bout de sa logique propre. Pour Michel Troper, « *le processus de validation des normes est un processus qui ne va pas du haut vers le bas, comme le dit Kelsen, mais du bas vers le haut* » (*M. Troper, Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen, in La force du droit, sous la dir. de P. Bouretz, Ed. Esprit, 1991, p. 117*).

Avec Kelsen, on sait qu'une norme trouve la source de sa validité dans la norme supérieure. C'est elle qui confère, en tant que schéma d'interprétation, une signification objective à l'acte de volonté de l'organe habilité à appliquer cette norme. L'acte de volonté n'est créateur de norme que s'il a été accompli conformément au procédé prescrit par la norme supérieure. La théorie réaliste de l'interprétation inverse le sens de ce processus d'objectivation en radicalisant la conception volontariste que Kelsen avait retenue de l'interprétation : puisque celle-ci est la détermination d'une signification, la norme n'est pas le support de l'interprétation mais son produit. Le réalisme se présente ainsi comme une déconstruction de la hiérarchie des normes. Au terme de ce renversement, ce qu'on appelle la norme supérieure n'encadre pas l'interprétation du juge. Elle en émane. Ce qu'on désigne faussement comme la norme supérieure, selon les réalistes, n'est qu'un texte susceptible de renfermer une infinité de significations. Affranchie de tout critère, la décision de prêter au texte une signification plutôt qu'une autre est la source exclusive de production de la norme supérieure à l'aune de laquelle le juge produira, en conséquence, la norme inférieure que constitue le dispositif de son jugement. Voilà pourquoi « la validité ne provient pas de la norme supérieure, mais du processus de production de normes inférieures » (M. Troper, *Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF-Léviathan, 1994, p. 85, spéc. p. 92). Le texte n'accède à la normativité que dans son interprétation juridictionnelle. Tant qu'il n'est pas interprété par une autorité habilitée, il n'est qu'une « proposition subjective de norme ». Le processus d'objectivation du droit ne trouve sa source que dans l'acte de juger.

Pour Michel Troper, l'avantage de cette inversion du processus de validation rendu possible par la théorie réaliste de l'interprétation est immense : il permet de « faire l'économie de l'hypothèse de la norme fondamentale », dans la mesure où « la production de normes juridiques résulte en dernière analyse de simples faits », c'est-à-dire d'actes d'interprétation : « Un ordre juridique est formé d'autant de pyramides qu'il y a d'ordres de juridictions, le sommet de chacune de ces pyramides étant constitué des normes que la cour suprême de cet ordre de juridictions énonce par la voie de l'interprétation » (*ibid.*, p. 94).

Il n'est dès lors plus nécessaire de supposer la validité de la norme suprême, puisque cette validité est le produit réel de l'interprétation effectuée, au sommet de la pyramide des normes, par l'organe doté du privilège de détenir le dernier mot. Pour Michel Troper, c'est l'interprétation, en tant que simple fait, qui détermine la hiérarchie des normes et non l'inverse. Le réalisme se libère ouvertement de l'étau dans lequel la dualité du *sein* et du *sollen* enferme la pensée normativiste. Sa méthodologie l'autorise à faire l'économie de la norme fondamentale et lui évite de procéder de manière transcendantale sans tenir compte de l'expérience. Le réalisme prend au sérieux cette expérience qu'il aperçoit dans le processus concret d'interprétation.

Certes, ce qu'énonce la théorie réaliste de l'interprétation ne trouvera jamais sa caution scientifique dans le discours du juge. On rencontre même dans la motivation juridictionnelle, le contraire de ce que la théorie affirme puisque le juge laisse souvent entendre, par des formules du type « *Considérant que...* » ou « *Il résulte de...* », qu'il applique la loi mécaniquement sans en trahir la lettre et dément, chemin faisant, la proposition théorique selon laquelle « *l'interprétation est une fonction de la volonté* ». C'est ce décalage entre ce qu'énonce la théorie et ce qui apparaît dans le discours-objet auquel elle s'intéresse, qui permet de lui attribuer un brevet de scientificité. Cet écart entre le discours théorique du juriste et le discours normatif du juge témoigne de l'effort fourni par le premier pour démasquer, derrière le voile des apparences du discours judiciaire, la réalité de ce que fait le second.

Où l'on retrouve l'attitude épistémologique d'un Copernic qui s'évertua, derrière le spectacle visible de la trajectoire céleste du soleil, à comprendre qu'en réalité, l'astre mobile n'est autre que la terre. Vraie, la thèse héliocentrique de Copernic est le fruit d'une quête de la réalité derrière le voile de l'apparente trajectoire céleste du soleil. Illusoire, la thèse géocentrique de Ptolémée était abusée par cette apparence mais elle est au fondement d'une représentation sur laquelle nous organisons toujours notre quotidien depuis le lever jusqu'au coucher. Cette fonction que jouent les représentations fondées sur les fausses théories se retrouve dans le vécu judiciaire, comme le prouvent les réflexions de Michel Troper sur le dévoilement des illusions du juge par la théorie réaliste de l'interprétation : « *Si tant de théories invoquées ou présupposées par les juristes ne sont que faux semblants et illusions, il s'ensuit que l'illusion est nécessaire au fonctionnement du droit et qu'elle constitue le mode même du raisonnement juridique, que la théorie générale du droit prétend vouloir décrire plutôt que de se livrer à une spéculation métaphysique sur la nature du droit* » (M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État, Introduction*, p. IX, PUF-Léviathan, 2001). L'adhésion des juristes à la théorie de l'interprétation comme acte de connaissance serait à l'origine d'une représentation utile du monde judiciaire sans laquelle la justice ne pourrait peut-être pas légitimement fonctionner. La déconstruction à laquelle se livre la théorie de l'interprétation comme acte de volonté revêtirait une utilité toute différente : celle d'enrichir la connaissance du droit. L'une est utile pour le vécu judiciaire, l'autre pour la science juridique. De surcroît, en comprenant que le juge *fait réellement* la loi tandis que celui-ci ne prétend que l'appliquer, elle honore, du même geste, son label de théorie *réaliste*.

■ **Le juge, entre liberté normative et contraintes juridiques**

La théorie de Michel Troper se considère comme réaliste eu égard à l'objet qu'elle se donne : derrière ce que *disent officiellement* les juges lorsqu'ils prétendent se contenter d'appliquer des règles préexistantes, le juriste réaliste pense apercevoir ce qu'ils *font réellement* et découvre alors

qu'ils créent le droit. Ainsi par exemple, pour définir son réalisme, Michel Troper s'explique en ces termes : « *Le réalisme a pour ambition de donner une image de la réalité telle qu'elle est et les théories du droit réalistes sont celles qui s'efforcent de décrire le droit non comme une manifestation de la justice ou comme l'application de règles préexistantes au moyen de la logique, mais tel qu'il est réellement* » (M. Troper, *Rev. Fr. de Droit Const.*, 2002, p. 335).

Le réalisme juridique est donc un volontarisme. Dès lors que la loi est ce que le juge dit qu'elle est, l'interprétation juridictionnelle est en effet regardée comme un acte de volonté. Mais cette conception volontariste de l'interprétation est assortie d'une réflexion qui a donné lieu à l'élaboration d'une théorie complémentaire : la théorie des contraintes juridiques en vertu de laquelle le comportement du juge, théoriquement souverain du point de vue du droit, est en réalité prévisible et causalement déterminé.

a) L'interprétation comme acte de volonté

L'interprétation dite authentique, que délivre une autorité juridique habilitée à rendre des décisions auxquelles l'ordre juridique confère des effets de droit, est donc tenu pour un acte de volonté qui exprime un choix politique ni vrai ni faux mais simplement valide (authentique). Contre le formalisme juridique définissant le juge, depuis Montesquieu et Beccaria, comme la bouche qui prononce mécaniquement les paroles de la loi, le réalisme juridique nous invite à le regarder comme une autorité libre et normative qui crée le droit, c'est-à-dire un législateur. L'interprétation est alors une activité qui relève du libre arbitre de l'organe qui s'y adonne et ce, par-delà l'apparence trompeuse des textes des décisions de justice. Une telle apparence qui abuse nombre de juristes, provient du fait que le juge invoque tous les jours des principes et des règles d'interprétation pour asseoir son argumentation et sa solution. Ce sont ces principes et ces méthodes, utilisés à l'appui d'une interprétation de la loi, qui donnent à la décision juridictionnelle la physionomie *illusoire* d'un pur raisonnement déductif. En réalité, pour Michel Troper, il n'en est rien, car ces principes sans cesse invoqués relèvent de l'entière subjectivité du juge. En démystifiant la décision juridictionnelle, le juriste qui se réclame du réalisme tente de nous rendre sensible à l'idée qu'elle n'est pas une opération qui fait appel à l'intelligence, au raisonnement déductif et à la connaissance mais tout simplement et exclusivement à la volonté.

C'est alors qu'intervient l'intérêt purement stratégique du syllogisme judiciaire : masquer cette volonté derrière l'apparence de la connaissance. La motivation n'est qu'une illusion. Les principes généraux du droit, les règles et les méthodes d'interprétation dont se sert quotidiennement le juge pour interpréter le texte applicable et rendre son verdict, plongent leurs racines dans l'émotion et la psychologie judiciaire. Ils sont davantage l'objet d'une science du comportement des juges que celui d'une science du droit et relèvent, à ce titre, du *sein* plutôt que du *sollen*. À l'inverse du

philosophe du droit américain Ronald Dworkin (1931-2013), Michel Troper estime que le juge n'appuie pas sa décision *sur* des principes, mais masque sa volonté politique *derrière* des principes. Son office est loin de lui permettre de découvrir la « réponse juste » sur la base d'une « interprétation-connaissance ».

Voilà donc une théorie émotiviste qui nous enseigne, par-delà ce qu'indique la simple lecture du discours juridictionnel, que le juge crée la loi au moment où il est censé devoir l'appliquer. Cette loi, qu'il faut entendre dans son acception la plus large – celle de norme – n'est pas réductible au texte appliqué par le juge. Elle est la norme que ce texte était supposé renfermer et dont quiconque, avant l'intervention d'une Cour suprême qu'il est dès lors légitime de réputer souveraine, ne connaissait la teneur. D'où le caractère naturellement rétroactif de la jurisprudence puisque cette norme dont le juge définit discrétionnairement le contenu n'était pas connue avant le prononcé du verdict.

Est-ce à dire que la théorie réaliste de l'interprétation (que certains regardent comme cynique voire nihiliste) est une théorie de l'insécurité juridique ? Ce serait méconnaître ses conclusions complémentaires qui établissent, sous la forme d'une théorie des contraintes juridiques, l'existence empirique d'une prévisibilité du comportement des juges.

b) La théorie des contraintes juridiques

La déconstruction du syllogisme juridictionnel à laquelle se livre la théorie réaliste de l'interprétation, permet de dévoiler l'origine profonde de la norme jurisprudentielle. Derrière le principe juridique invoqué à l'appui de la décision, formulé dans le *corpus* formel de la motivation, il faut déceler, sans se laisser duper, la volonté du juge au service de laquelle celui-ci mobilise son intelligence. Voilà une théorie émotiviste de l'interprétation aux termes de laquelle la rationalité juridique est inféodée à la volonté. Mais il faut maintenant, et surtout, insister sur un point capital : la volonté qui conduit le juge à prendre une décision ne relève pas du libre arbitre. L'importance qu'a toujours occupée le concept de volonté dans les philosophies relativistes du droit donne à penser que le juge est un être libre par cela même que sa décision est un choix politique maquillé en raisonnement juridique. Mais sa liberté n'est que juridique, nullement philosophique. Le volontarisme de la théorie réaliste de l'interprétation signifie que le juge peut théoriquement décider ce qu'il veut, à condition qu'il statue en dernier ressort, car sa décision sera toujours valide quel que soit son contenu. Mais la liberté juridique ne signifie pas que le juge est soustrait à toute causalité. Des motifs le déterminent.

L'affranchissement du juge à l'égard de toute *norme* juridique, dont il est au demeurant l'auteur en raison du caractère volitif de l'interprétation, n'empêche pas l'exercice de *contraintes* qui pèsent sur lui et qui sont liées au système juridique dans lequel il est inséré (*Théorie des*

contraintes juridiques, M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (sous la dir. de), Bruylant-LGDJ, 2005). Ces contraintes, dont la théorie éponyme affirme l'existence, ne sont pas des normes qui rendent *obligatoire* un certain comportement du juge mais des inclinations qui le rendent, sinon *prévisible*, à tout le moins rationnellement explicable. La principale conclusion à laquelle parvient la théorie des contraintes juridiques consiste dès lors à opposer à la liberté du juge à l'égard de la norme dont il détermine souverainement le contenu par le canal de l'interprétation, la prévisibilité de son comportement.

Cette théorie se donne pour tâche, une fois acquise l'idée que la décision est le fruit de la volonté au service de laquelle la motivation juridique ne tient que le rôle de couverture, de dévoiler les motifs sous-jacents et déterminants qui permettent d'expliquer rationnellement la décision... irrationnelle. La rationalité ne se loge pas dans la décision qui n'est que l'impur produit d'une volonté mais dans l'explication de la décision, dans son dévoilement. Est rationnelle l'*étude*, par le juriste savant, des contraintes qui ont agi sur le juge en amont de sa décision et non l'*acte* de juger. Mais si la science du droit peut expliquer rationnellement et *a posteriori* le déroulé d'une décision prise par le juge, elle ne saurait en revanche, sous l'oriflamme de la raison, la fonder *a priori*. La nuance ainsi mise en lumière permet de reconnaître la théorie des contraintes comme une théorie scrupuleusement conforme à la méthodologie positiviste qui est fondée sur la distance entre l'objet droit, reflet de la volonté, et la science du droit, empreinte – comme toute science – de rationalité.

Telle est la démarche scientifique à laquelle se livre, dans la pensée juridique, la théorie des contraintes : quand la théorie *réaliste* de l'interprétation énonce que le juge, au détour de l'interprétation et de l'application d'un énoncé normatif, produit la norme en déterminant lui-même ce qui doit être, la théorie des contraintes lui enseigne qu'il ne pouvait pas, *en réalité*, ne pas retenir de l'énoncé telle interprétation eu égard au contexte juridique dans lequel il intervenait. Sachant qu'aux yeux de la théorie réaliste de l'interprétation, le juge d'une Cour suprême, qui dispose du privilège d'avoir le dernier mot, est libre de produire la norme dans la mesure où la prémisse majeure qu'il utilise pour effectuer son syllogisme n'a d'autre substance que celle qu'il façonne lui-même dans son travail d'interprétation, la théorie des contraintes qui en est le corollaire considère qu'il est scientifiquement possible d'expliquer et même de prévoir son attitude.

Dans le vocabulaire de la philosophie du droit, on dit que ces contraintes ne relèvent pas du monde de l'imputation auquel obéissent les normes mais du monde de la causalité dans lequel sont gouvernés les faits. Juridiquement libre, le juge est causalement déterminé. Prenons à cet égard, l'exemple du célèbre arrêt *Koné* (CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 255) par lequel le Conseil d'État prit la décision de dégager un *principe fondamental reconnu par les lois de la République* (PFRLF) en l'opposant, en guise d'écran constitutionnel, à l'application d'un traité international. La contrainte d'où résultait ce choix résidait dans le rang formellement législatif du principe,

issu d'une loi de 1927, aux termes duquel il est interdit d'extrader une personne pour des motifs d'ordre politique. Or, M. Koné, activiste politique, était sous le coup d'un décret d'extradition vers le Mali, pour des motifs de cet ordre, pris en conformité avec un traité franco-malien régissant les conditions de la procédure entre les deux pays. Pour empêcher l'application de ce décret liberticide, le Conseil d'État devait donc désavouer le traité en lui opposant une loi. Or, depuis sa propre jurisprudence *Nicolo* (CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman) qui assume les conséquences logiques de l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État fait toujours prévaloir les traités sur les lois qui leur sont contraires. Il était donc *contraint*, pour satisfaire le requérant sans pour autant remettre en cause la cohérence de sa jurisprudence, d'élever le principe législatif de 1927 au rang de principe constitutionnel en dégageant ce que le Conseil constitutionnel appelle *un principe fondamental reconnu par les lois de la République* (Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec., p. 29). Si la contrainte est considérée comme « juridique » parce qu'elle est inhérente à l'appartenance du Conseil d'État à un système juridique dans lequel s'insère sa propre jurisprudence, elle obéit au principe de causalité parce que le savant juriste, connaisseur de la jurisprudence administrative, comprend que le Conseil d'État ne pouvait pas agir, pour satisfaire la requête de M. Koné, autrement qu'en élevant le contenu de la loi de 1927 au rang de principe à valeur constitutionnelle.

Mais si la théorie des contraintes est capable de montrer la rationalité du recours au PFRLF qu'elle présente comme le seul moyen qui s'impose au Conseil d'État pour satisfaire le justiciable sans remettre en cause la jurisprudence *Nicolo*, elle demeure incapable d'indiquer la raison intime pour laquelle le juge tient à la stabilité de cette jurisprudence. La causalité dans laquelle évolue la théorie des contraintes n'élucide que les moyens qui permettent de satisfaire une solution sans pouvoir être à même, en dernière analyse, de prêter une rationalité au but de la démarche du juge, laquelle échappe à toute explication d'ordre causal pour entrer sur le terrain insondable de l'émotion et de l'affect (conservatisme du juge, besoin d'entretenir la crédibilité de l'institution, aversion pour le désordre juridique, attachement à la primauté du droit européen, etc.). Pour le dire autrement, la théorie des contraintes qui explique le déroulement causal du comportement judiciaire en s'opposant, chemin faisant, à la métaphysique du libre arbitre, ne prétend pas offrir une rationalité ultime à son discours. Elle n'est pas un scientisme et s'inscrit rigoureusement, dans ces conditions, dans une conception émotiviste des valeurs dont la production n'est pas l'œuvre de la science juridique mais relève exclusivement de la volonté, du calcul et des intérêts de l'*homo juridicus*. Un volontarisme juridique conjugué avec la négation du libre arbitre : tels sont les éléments constitutifs d'une philosophie du droit, l'émotivisme juridique, qui affirme la tyrannie des émotions sur la raison.

En contribuant ainsi, parallèlement à la théorie réaliste de l'interprétation, à démystifier le discours du juge et à désacraliser le monde juridique, la théorie des contraintes nie, pour reprendre la

formule de Dominique Schnapper, « ce qu'on peut appeler *la transcendance du droit* » (*D. Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, Gallimard, 2010, p. 28*). La négation de cette transcendance, symptomatique du réalisme juridique, représente l'acmé de la philosophie relativiste du droit.

Quoi qu'il en soit, cette vision relativiste du monde juridique, que le réalisme partage avec le normativisme sous réserve d'importantes nuances que nous avons pu observer, renferme une dimension critique qui préserve la pensée juridique de toute dérive substantialiste. C'est à cette aune qu'on reconnaît ce qu'on appelle une *théorie du droit*.

Une démarche commune : la construction d'une théorie du droit

Chapitre 8

La philosophie du droit est une discipline intellectuelle qui a l'ambition de tenir le juriste à distance de son objet en l'invitant à s'intéresser au pourquoi du phénomène juridique quand le technicien du droit ou le praticien demeure attaché à sa seule fonctionnalité. Mais on a pu constater qu'une telle quête ontologique pouvait conduire le juriste à rechercher vainement, selon un point de vue éminemment métaphysique, les critères lui permettant de connaître la vérité du juste. Tel est le cas des philosophies substantialistes qui utilisent le sceau de la connaissance pour masquer un idéal éthico-normatif au terme d'une démarche dont s'abstiennent les philosophies relativistes. C'est dans cette ascèse méthodologique à laquelle ces dernières s'astreignent que résident les conditions de formation d'une théorie du droit.

Les philosophies relativistes tiennent en effet les juristes à distance de leur objet. Mais le but d'une telle entreprise n'est pas la connaissance du juste en soi. Faisant le deuil de cette quête et la reléguant dans la sphère intime des croyances personnelles du sujet, la posture relativiste n'a d'autre finalité que de connaître son objet et non de le justifier ou le juger. Son « Graal » n'est pas la vérité du juste mais la réalité du droit qui se cache derrière l'apparence des discours et des comportements des acteurs juridiques.

C'est qu'en effet, la simple lecture du discours des acteurs juridiques est un obstacle épistémologique pour le juriste soucieux de connaître le droit. Il lui appartient alors, au-delà de la réception de ce discours, de construire des hypothèses dont la vocation n'est pas dogmatique mais critique. Cette construction s'appelle une théorie du droit que seules les philosophies relativistes sont capables de produire en raison de leur souci d'adopter un méta-discours plus riche que la simple réitération des normes juridiques sans pour autant transgresser les canons de la neutralité axiologique de la science juridique. Cette approche constructiviste, qui est le propre de la démarche théorique

(2), est d'autant plus nécessaire que le juriste est confronté à un problème épistémologique qu'on ne rencontre dans aucune autre discipline académique (1). La démarche théorique est la seule voie que peut emprunter le juriste pour contourner cet écueil.

1 Le problème épistémologique du juriste

L'obstacle épistémologique majeur qu'il appartient spécifiquement à la science juridique de surmonter est le suivant : l'identité sémantique entre deux types d'énoncés que le vocabulaire kelsénien, comme nous l'avons vu plus haut, appelle respectivement la *norme* et la *proposition de droit* qui décrit la norme. Cette identité rend très ténue voire poreuse la frontière entre la science du droit et le monde livré à son observation, le droit. Or, une science n'est pas une science sans maintenir une distance avec le monde qui fait l'objet de son étude. C'est que l'objet d'étude n'est pas l'objet scientifique. Le monde qui est livré à son regard (son objet d'étude) n'est qu'un donné expérimental à partir duquel la science va devoir créer son objet (son *artefact* disent les biologistes).

■ L'identité sémantique entre la norme et la proposition de droit

Il est une certitude bien acquise, depuis les célèbres travaux de Gaston Bachelard, selon laquelle l'objet scientifique n'est pas donné (*G. Bachelard, La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective, Paris, Vrin, 1938*). Il est une création et le statut scientifique d'une discipline se mesure à sa dimension constructive : est-elle capable de créer son objet ? C'est dans cette aptitude pragmatique que réside la scientificité de tout discours académique. Le défi est difficile à relever lorsque le monde auquel s'intéresse une science a la particularité d'être un monde d'énoncés normatifs dont la description ne peut donner lieu qu'à des énoncés au contenu sémantique stérilement analogue. Ce que Kelsen appelait la *proposition de droit* est donc un instrument bien pauvre qui ne sera, pour le juriste, d'aucun secours, s'il veut créer son objet.

Tandis qu'en général, le monde que décrit le savant est un monde dénué de signifiants, un univers dont la dénomination est souverainement décrétée par le savant, celui que décrit en particulier le juriste, exclusivement constitué de discours normatifs, s'auto-désigne lui-même comme un monde juridique. De tels discours sont des énoncés dont les auteurs prétendent produire des normes, c'est-à-dire des énoncés signifiants qui donnent au juriste savant qui les décrit l'illusion que son objet est déjà créé. En sorte que le discours de la science juridique est d'une teneur sémantique presque identique à celle du discours dont est constitué le droit. Quand un manuel de droit constitutionnel enseigne qu'en France « le Président de la République est élu tous les cinq ans », il

n'indique pas autre chose que ce que prescrit la Constitution française alors même qu'à la différence de celle-ci qui exprime un ordre et une volonté, il ne fait qu'informer et transmettre une donnée de la connaissance... Différence pragmatique mais identité sémantique.

La conséquence de cette identité sémantique est considérable : le droit est cette discipline unique dans laquelle le savant éprouvera les plus grandes difficultés pour créer son objet en raison d'une relation qu'on pourrait qualifier d'incestueuse entre lui-même et le monde qu'il lui incombe de connaître. Il lui sera difficile de créer un objet scientifique dès lors qu'une excessive proximité s'instaure entre le monde qui fait l'objet de sa curiosité et le mode d'expression qu'il utilise pour le décrire, l'un comme l'autre ayant une nature communément discursive. L'entomologiste à qui la mouche n'a jamais prétendu qu'elle était une « drosophile » ne connaît pas ce problème et ne tient que de lui-même la liberté d'objectiver tel type de mouche en la désignant comme une « drosophile ». Le sociologue à qui les foules humaines qu'il analyse n'ont jamais décrété qu'elles étaient soumises à la « psychologie des masses » lorsqu'elles cautionnent la prise du pouvoir par un dictateur est tout aussi souverain pour dénommer – et créer – son objet (*le concept fut créé en 1931 par le sociologue français Gustave Le Bon dans Psychologie des foules, PUF-Quadrige, 9^e éd., 2013*).

« Aux savants qui les étudient [fait observer Kelsen] les choses ne prétendent rien faire savoir sur elles-mêmes ; elles ne cherchent pas à s'expliquer scientifiquement » (*H. Kelsen, Théorie pure du droit, op. cit., p. 11*). La situation est bien différente chez le juriste dont la difficulté provient du fait que les « choses » qu'il a pour tâche de dénommer sont elles-mêmes des choses qui se dénomment comme étant des actes juridiques. La science du droit, dont l'objet est normatif, est confrontée à un problème auquel sont forcément soustraites les sciences empiriques dont l'objet d'étude est « muet » à l'instar des sciences de la nature ou des sciences sociales non normatives comme la sociologie. Kelsen écrit ainsi : « ceux qui visent à connaître le droit se trouvent en présence d'une interprétation des matériaux par eux-mêmes (c'est-à-dire les matériaux), qui anticipe et empiète sur l'interprétation que la connaissance juridique a mission de donner » (*ibid., p. 11*).

La rationalisation de ces matériaux est déjà accomplie avant même que le juriste savant n'intervienne. Il est alors délicat, pour celui-ci, d'honorer la prescription de Gaston Bachelard signifiant que la science doit construire son objet en le dénommant. Certes, le savant ne construit pas son objet *ex nihilo* car il est d'abord spectateur d'un chaos dont il hérite objectivement, mais il a pour tâche de rendre ce chaos intelligible. C'est dans cette rationalisation que réside alors l'opération consistant à donner un nom aux choses, lesquelles ne parlent pas, et c'est elle qui fait de l'office du savant un travail de construction. D'où l'imminence de la question : comment accorder le statut de science à une discipline dont l'activité est de produire des discours savants sur des énoncés qui entravent eux-mêmes les chances du savant, en leur qualité d'énoncés signifiants, de

construire souverainement son objet ? En d'autres termes, comment le juriste peut-il effectuer l'indispensable opération de rationalisation du chaos sans laquelle on ne peut pas discerner le moindre signe d'un travail constructif dès l'instant où le chaos est constitué d'énoncés signifiants qui donnent l'illusion de s'ériger en objet au risque d'inhiber le savant et de l'empêcher d'honorer l'exigence bachelardienne ?

Mais le problème épistémologique du juriste ne s'arrête pas là. Il réside également dans la dimension idéale de son objet d'étude qui rend difficile, pour le traiter, l'usage de l'instrument par excellence dont se sert le savant pour étudier le monde : la causalité.

■ *La dimension idéale des normes*

Dans les sciences empiriques qui incluent les sciences de la nature comme les sciences sociales non normatives (c'est-à-dire toutes les sciences sociales sauf la science du droit), le principe de causalité est le procédé intellectuel ordinaire dont se sert le savant pour comprendre le monde. Il est un gage de scientificité de tout discours savant car en ne résidant ni dans la nature ni dans la société mais seulement dans l'esprit du savant qui s'en sert pour déchiffrer le monde, il atteste de la dimension constructive de la démarche savante.

a) La causalité comme gage de scientificité du discours savant

Rappelons en effet que la causalité n'est pas une propriété ontologique du monde. Comme l'a bien montré l'empiriste sceptique David Hume, la régularité dont rendent compte les lois causales en présentant les faits intra-mondains comme reliés dans des rapports de cause à effet, est purement décrétée et ne va pas de soi (*D. Hume, L'entendement. Traité de la nature humaine, Livre I, trad. Ph. Baranger et Ph. Slatel, Paris, GF Flammarion, 1995, p. 132 et s.*). Entre la régularité observée d'un phénomène particulier et l'énoncé de la loi consistant à le rationaliser et à l'universaliser, il y a un saut qualitatif qui n'a rien de rationnel et qui n'est rien d'autre que l'expression d'une croyance. Une croyance que le phénomène observé se reproduira à l'infini, un pari sur l'avenir, en somme un geste qui relève davantage de la volonté que de la connaissance et c'est en cela que le terme de « loi » se justifie.

Il s'agit bien d'une construction mentale que le savant ne projette pas dans le monde mais que le profane, lui, confond avec le monde. Paul Amselek l'a bien relevé en dénonçant une tenace illusion transcendantale, couramment répandue dans nos mentalités, qu'il regarde comme une forme de « mondanisation » de la pensée et d'interprétation anthropomorphique du monde. Cette inclination consiste à projeter, souligne notre auteur, « ce que fait l'esprit du sujet-savant sur le monde-objet qu'il étudie, à croire que les régularités, les lois, la prévisibilité, l'ordre, sont des attributs, des propriétés du monde, des éléments ou modalités de sa structure ontologique

qu'il offrirait à l'investigation du savant» alors que ces lois ne sont qu'un construit de l'esprit et non un donné du monde (P. Amselek, *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, Paris, PUF 1988, p. 45).

Le caractère artificiel de la causalité, insuffisamment perçu par la pensée profane, est au demeurant le gage de la généralité des lois scientifiques dans la mesure où le monde n'est, en soi, que pure diversité et pure contingence. La nature « ne vit qu'une seule fois » écrivait au XIX^e siècle le physicien Ernst Mach qui a d'ailleurs beaucoup inspiré le très empiriste Cercle de Vienne (E. Mach, *La mécanique*, trad. E. Bertrand, Editions Jacques Gabay, Paris, 1987, p. 451). Artificielle et dépourvue d'existence dans le monde, la généralité est le produit d'un processus intellectuel d'induction qui consiste, par le discours, à inférer des lois universelles à partir d'observations régulières mais contingentes. Pari est tenu que la régularité d'un processus est la manifestation d'un enchaînement systématique de cause à effet susceptible, pour des phénomènes analogues, de se reproduire sans fin. Causalité et généralité sont donc liées. Leur intrication atteste du caractère artificiel des lois savantes dont la fonction est de produire un univers abstrait qui se surajoute au monde sensible en l'enfermant, de façon imaginaire et discursive, dans des catégories. Elles constituent l'idée qui représente le monde sensible d'où la causalité, exclusivement présente dans l'esprit du savant, est totalement absente. C'est de cette absence de la causalité au sein même du monde sensible que participe l'écart entre le discours savant et les choses du monde que ce discours rationalise. C'est d'elle, par voie de conséquence, que résultent l'artificialité de l'objet et la scientificité du discours. Causalité, généralité, artificialité de l'objet sont intimement liées pour garantir la scientificité du discours.

b) L'imputation comme obstacle à la scientificité du discours juridique

Qu'en est-il du monde juridique positif qui est l'équivalent, pour la science juridique, du monde sensible auquel s'intéressent les sciences empiriques ? Là non plus, la causalité n'est pas de ce monde, en sorte qu'il y aurait tout lieu de penser qu'une proposition de la science du droit bénéficie d'un espace aussi vierge que n'importe quelle loi scientifique pour cultiver avec le monde la distance critique lui permettant de créer souverainement son objet. Or, il n'en est rien. Un tel écart est difficile à creuser chez les juristes. Si la causalité est évidemment absente de l'univers normatif, un autre système de liens anime en effet ce monde spécifique sur lequel le juriste pose son regard de savant : l'imputation.

Kelsen présente l'imputation dans l'univers normatif comme l'homologue de la causalité au sein des lois naturelles : « l'analogie consiste en ceci que le principe d'imputation joue dans les propositions juridiques un rôle tout à fait semblable à celui que le principe de causalité joue dans les lois naturelles par lesquelles la science de la nature décrit son objet » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*,

op. cit., p. 85). Comme l'auteur le souligne plus loin, la similitude se limite au fait que l'imputation et la causalité sont des systèmes de connexion. Mais l'analogie s'arrête là et les deux principes divergent sur la nature d'un tel lien : l'imputation établie par la norme est un lien qui impute une conséquence normative à un fait générateur sur un mode hypothétique du type « si A est, B doit être » quand la causalité établie par la loi scientifique est un lien qui relie une conséquence à une cause sur un mode déterministe du type « si A est, B sera ».

Tandis que la causalité n'est qu'un construit de l'esprit à défaut d'être un donné du monde, l'imputation est elle-même un donné du monde juridique. Dès lors, la présence, au sein même du monde juridique, d'un lien d'imputation reliant les normes entre elles entrave le juriste dans sa quête de souveraineté scientifique car cette présence peut aisément influencer le contenu du discours savant. C'est que la norme, *entité idéale*, est la signification d'un énoncé qui impute, de manière conditionnelle, des conséquences normatives à des faits générateurs. Elle est la signification d'un énoncé qui porte sur ce qui doit être et se présente dès lors comme la signification d'une idéalité et non d'une réalité. Par conséquent, la proposition de droit qui est l'énoncé par lequel le juriste savant décrit cette *idéalité* est condamnée à reproduire le lien d'imputation dont celle-ci est constituée et n'a, du point de vue structurel, aucune autonomie par rapport à la norme qu'elle décrit. En présence de cette entité idéale n'appartenant pas au monde sensible, la tentation du juriste, qui résonne comme le signe d'une paresse intellectuelle, est de reproduire ce lien d'imputation au stade de l'énonciation de ce que Kelsen appelle un *sollen* descriptif, c'est-à-dire une proposition dont le contenu sémantique est la réplique de l'énoncé normatif, ce qui n'a d'un point de vue scientifique aucun intérêt.

C'est que le contenu de cette entité idéale qu'est la norme, fût-elle dégagée par le juge dans l'énoncé jurisprudentiel, n'est rien de plus que l'idée « qu'une certaine conduite doit avoir lieu ». Dès lors, la proposition de droit qui la décrit, désignée par Kelsen sous l'expression de « devoir-être descriptif », a vocation à n'avoir d'autre contenu que celui de la norme, c'est-à-dire l'idée « que cette même conduite (prescrite par la norme) doit avoir lieu ». Du point de vue de la connaissance, la proposition de droit est un énoncé superflu car dénué de contenu propre. Elle est transparente et n'est que le miroir de la norme. L'imputation, déjà présente dans la norme, s'exprime de manière identique dans la proposition de droit. Tandis que la causalité est l'instrument intellectuel dont se sert le savant dans les sciences empiriques et ne réside que dans son seul esprit, l'imputation est déjà là, dans les normes dont elle est la propriété intime. Fort de cette présence ontologique, elle déteint sur les propositions de la science du droit qui n'en sont que le pâle reflet. Là où les sciences empiriques sont épistémologiquement souveraines, la science juridique est condamnée à n'être que l'ombre insipide du droit positif dès l'instant où le juriste se complait dans l'exercice de l'exégèse.

La solution épistémologique réside alors dans la posture théorique qui consiste à construire, par-delà le discours empirique du droit positif, des modèles abstraits pour mieux connaître la réalité du droit. Mais ces modèles doivent demeurer étrangers à toute entreprise substantialiste : il s'agit de dévoiler l'Idée qui sous-tend l'apparence des phénomènes juridiques et non de forger des idéaux à l'aune desquels le juriste serait tenté de juger le droit positif. L'idéalisme de la démarche théorique ne revêt pas une connotation idéologique ou dogmatique qu'on rencontre dans les philosophies substantialistes. C'est une méthode critique et constructiviste de la connaissance qui implique une philosophie relativiste du droit.

2 L'approche constructiviste de la théorie du droit

La posture théorique consiste à construire, au-delà d'une pure répétition des discours normatifs qui sèment l'illusion de s'ériger en objet de la science du droit, des catégories générales permettant de classer, de repérer et de comprendre le chaos de ces énoncés à prétention normative afin d'y déceler des invariants communs et universalisables (des lois scientifiques) qui sont le propre de la démarche savante.

■ Voir le divin dans la chose

L'objet de la science du droit est le résultat de cette entreprise de rationalisation du chaos qui est une démarche théorique parce qu'elle revient, comme l'indique l'étymologie du terme « théorie », à voir (*orao*) le divin (*theion*) caché dans la chose, c'est-à-dire à déceler la logique ou l'esprit (le *logos*) qui anime et préside la chose : *theion orao*, « je vois le divin ». Cet objet créé par le savant pour rendre compte du chaos prend alors la forme de ce qu'on appelle des catégories juridiques. Voir le divin était la vocation que l'on prêtait déjà, depuis les Grecs anciens jusqu'à la période scolastique, au métier de savant. Les Anciens ne concevaient pas la science comme un instrument au service du progrès mais comme une fin en soi à but exclusivement spéculatif, dans la perspective de découvrir dans le *cosmos* l'harmonie d'un plan divin agencé de manière à ce que chacun y trouve irrémédiablement sa place.

Dans cette perspective, la théorie n'était rien d'autre qu'une métaphysique cosmologique. Il est évident qu'avec un tel héritage, le terme de « théorie », fortement teinté d'idéalisme, pourrait paraître éminemment suspect après le tournant empiriste du ^{xvii}e siècle. Mais si aujourd'hui le théoricien ne cherche plus, comme ce fut le cas chez les Anciens, à reconnaître à proprement parler le divin dans la chose, sa démarche consiste toujours à traquer en elle ce qui demeure invisible en la présentant sous la forme d'un récit logique et systématique. Mais tant chez les Modernes qu'à l'époque classique, la théorie consiste invariablement à s'émanciper de la chose

sensible pour proposer une représentation du réel en termes de lois générales, universelles et régulières. L'épistémologie moderne ayant alors fait son œuvre, il est dès lors normal aujourd'hui d'attribuer à ce mot une signification sécularisée, autrement plus éloignée de la métaphysique. Il s'agit toujours de rechercher, par le biais théorique, ce qu'une approche strictement sensorielle ne permet pas de voir dans les choses. La théorie s'intéresse toujours au divin au sens de *réalité cachée*.

Le juriste, dont les difficultés épistémologiques sont liées à la proximité sémantique entre le discours prescriptif des organes qui produisent le droit et son méta-discours descriptif par lequel il étudie et/ou enseigne le droit, est d'autant plus dépendant de ce besoin théorique qu'il lui est impossible de construire son objet s'il s'en tient à une posture purement empiriste. Sans ce geste théorique, l'objet n'apparaît pas. Ce geste est comme l'oxygène de la science juridique, il empêche le juriste de produire des discours stériles et dénués de plus-value cognitive : dès lors qu'il y a entre le discours du juge qui rend une décision et celui du juriste qui la commente une différence pragmatique tenant à ce que le premier traduit une prescription quand le second est la signification d'une description, l'usage sémantique par l'un et l'autre des mêmes concepts aura l'inévitable effet de donner au commentaire les aspects arides du procès-verbal si le commentateur renonce à l'effort théorique. Le réflexe salutaire du juriste consiste donc à se faire violence en traçant de façon particulièrement nette la frontière entre son vocabulaire et celui du juge ou du législateur.

■ **L'écart salutaire entre les niveaux de discours**

Entre le discours normatif de l'acteur juridique et le méta-discours du juriste, il doit se produire un écart sans lequel la science juridique se réduirait à une accumulation de propositions de droit reproduisant empiriquement le contenu des normes qu'elles décrivent. Un écart dont Michel Troper définit en ces termes l'utilité épistémologique : « *la proposition de droit : "le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct" est vraie s'il existe dans le droit positif une norme qui prescrit : "le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct". Mais considérons la proposition de la théorie générale du droit "l'interprétation est une fonction de la volonté" ou "l'ordre juridique ne contient aucune lacune". Elle ne découle pas immédiatement de l'observation du droit positif. Elle ne décrit aucune norme. On ne peut pas la valider ou l'invalider en cherchant dans le droit positif de tous les pays une norme ayant le même contenu, parce qu'une telle norme n'existe pas. Elle n'est pas une proposition de droit et n'a ni le même statut, ni la même forme linguistique qu'une proposition de droit. Elle ne décrit d'ailleurs pas un énoncé de contenu semblable qui ferait partie du langage du droit positif. Il se peut en effet très bien que le langage ne contienne aucun énoncé relatif à la nature de*

l'interprétation. Il se peut aussi qu'il contienne un tel énoncé, mais avec un contenu contraire. Il n'en résulterait pourtant pas que la proposition de la théorie générale du droit serait privée de validité» (M. Troper, La théorie du droit, le droit, l'État, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2001, Introduction, p. VII).

La démarche idéale consiste donc à construire, au-delà d'une pure réitération des discours normatifs, des catégories générales qui ordonnent le chaos du droit positif dans des schémas d'explication, des invariants, des concepts. Idéale, la démarche est idéaliste au sens épistémologique du terme. L'idéalisme dont il est question ne consiste pas à prescrire un idéal sous la bannière de la science du droit à l'instar des théories du droit naturel mais à rechercher l'idée derrière la chose. Toute démarche théorique renferme, en ce sens, une dimension idéaliste.

Tel est l'un des plus vieux préceptes de la théorie de la connaissance. Il remonte à Platon et au mythe de la caverne qui incarne l'introduction, dans le monde occidental, de l'esprit scientifique et du goût pour l'abstraction au détriment de la connaissance vulgaire des choses immédiatement vécues et susceptibles de ne faire l'objet, dans leur contingence et leur éphémère dimension, que d'une opinion (Platon, *La République, Livre VII, trad. R. Baccou, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 271 et s.*). Selon cette tradition idéaliste, la vérité ne se loge pas dans les choses sensibles qui ne relèvent que d'un univers illusoire de représentations : derrière le monde sensible et apparent que constituent, dans les yeux des juristes, les énoncés normatifs des acteurs qui produisent le droit, se déploie un autre monde, vrai, qui se dérobe à toute perception immédiate pour ne se livrer qu'à la connaissance critique. Un monde intelligible, constitué de catégories qui n'auront d'intérêt épistémologique qu'à la condition qu'elles aspirent à la généralité et à l'intemporalité. La théorie est une entreprise de modélisation qui éclaire de sa lumière l'obscurité diversifiée du réel en lui prêtant une forme universelle. La théorie réaliste de l'interprétation, tout comme la théorie de la personnalité juridique chère à l'école normativiste, en constituent de célèbres illustrations.

■ Illustrations

On sait que les partisans de la théorie réaliste de l'interprétation se regardent comme *réalistes* eu égard à l'objet qu'ils se donnent : derrière ce que *disent officiellement* les juges lorsqu'ils prétendent se contenter d'appliquer des règles préexistantes, le juriste réaliste pense apercevoir ce qu'ils *font réellement* et découvre alors, qu'en interprétant les textes juridiques, ils créent le droit. Ils sont réalistes par cela seul qu'ils s'intéressent à la dimension pragmatique du discours juridictionnel (ils s'intéressent à ce que *fait* le juge en énonçant l'énoncé). Mais ils s'avèrent idéalistes dans leur posture épistémologique. C'est qu'en percevant ce que fait réellement le juge par-delà ce qu'il dit, en s'intéressant à la dimension pragmatique de son discours sans se laisser duper par

ce que révèle sa sémantique, le juriste sensible aux enseignements de cette théorie parvient, grâce à un tel outil de dévoilement, à déceler l'Idée derrière la chose apparente.

En voyant le juge créer le droit quand celui-ci affirme se contenter de l'appliquer, le théoricien réaliste opère à la manière de Copernic qui eut l'audace, par-delà ce dont nous instruit illusoirement la trajectoire céleste du soleil, d'énoncer le contraire de ce qu'indique l'apparence de la chose en substituant la thèse héliocentrique à la doctrine géocentrique pour nous aider à discerner la vérité du monde. Quiconque adopte un point de vue théorique, pratique toujours une forme d'idéalisme épistémologique. Il est comme le sage qui a compris qu'en restant prisonnier de la caverne platonicienne de l'exégèse, il n'accèdera jamais qu'à une connaissance superficielle du monde juridique. Toute posture théorique s'inscrit inéluctablement dans une perspective idéaliste de la connaissance : révéler quelle vérité nouménale se cache derrière le phénomène, dévoiler ce que fait le juge par-delà ce qu'il dit, voir le divin dans la chose, c'est accéder à l'Idée que ne voient ni le juge ni le praticien du droit.

Critique, la démarche théorique n'est ni dogmatique ni substantialiste. Ce qu'il s'agit de dévoiler derrière les énoncés à prétention normative ne sont pas des idéaux ni des références éthiques mais des explications, des hypothèses. C'est ainsi que le réaliste émet l'hypothèse selon laquelle, par-delà ce que prétend implicitement le juge, l'interprétation est une fonction de la volonté.

Dans le même esprit, l'école normativiste recourt à une fiction pour considérer que l'État n'est que la personnification de l'ordre juridique. Le normativisme est une philosophie du droit relativiste qui rejette toute substantialisation de l'État et affirme la thèse de l'identité du droit et de l'État. Elle considère que l'État n'a pas de réalité empirique qui la distinguerait du droit sauf à le considérer comme une entité supra-sensible au risque de faire de la métaphysique. Elle répute la thèse de la dualité de l'État et du droit comme le résultat d'une dérive, caractéristique de toute doctrine jusnaturaliste, consistant à hypostasier ce qui ne relève que de la fiction, c'est-à-dire à considérer à tort un concept comme une réalité en soi. Autrement dit, précise Kelsen, la notion de personne n'est qu'un auxiliaire intellectuel, un dédoublement artificiel de l'objet de la connaissance qui a pour seule utilité pragmatique de rendre une entité collective, à l'instar de l'État pour les juristes de droit public, responsable des actes commis par ses agents. Elle n'est qu'un instrument de la pensée conçue en vue d'agir et ne saurait être érigée en objet susceptible de connaissance. Elle n'a qu'une fonction et non une essence et sa vocation n'est donc pas descriptive, mais théorique car on ne décrit pas ce qui est dépourvu de réalité. On en construit la théorie.

La théorie du droit est alors l'antidote intellectuel le plus efficace contre la tentation substantialiste. De part et d'autre de la barricade qui oppose et opposera toujours, dans la philosophie du droit, les deux visions du monde dont nous avons tâché de présenter les divergences essentielles, la posture théorique a choisi son camp face à la posture dogmatique : celui du relativisme.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- AMSELEK (P.), *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012.
- ARNAUD (A.-J.) (ss dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993.
- BÉCHILLON (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997.
- BOURETZ (P.) (ss dir.), *La force du droit*, Ed. Esprit, 1991.
- CAYLA (O.) et HALPERIN (J.-L.) (ss dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008.
- ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF-Thémis, 4^e éd., 2016 ; *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002 ; *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, PUAM, 2016.
- BEAL (C.), *Textes clés de philosophie du droit : norme, validité et interprétation*, Vrin, 2015.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012.
- BILLIER (J.-C.) et MARYOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.
- COMMAILLE (J.), *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard-Folio, 2015.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2016.
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011.

- FRYDMAN (B.) et HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2002.
- GOYARD-FABRE (S.), *Philosophie critique et raison juridique*, PUF-Thémis, 2004.
- GOYARD-FABRE (S.) et SEVE (R.), *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 1986.
- Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 2^e éd., 1962, trad. C. Eisenman, rééd. Bruylant-LGDJ, 1999 ; *Théorie générale des normes*, PUF-Léviathan, 1996, trad. O. Beaud et F. Malkani.
- LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013.
- MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008.
- MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.
- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.
- OST (F.), *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016.
- OST (F.) et VAN de KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- RENAUT (A.) et SOSOE (L.), *Philosophie du droit*, PUF, 1991.
- SEVE (R.), *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz 2007.
- SUEUR (J.-J.), *Une introduction à la théorie du droit*, L'Harmattan, 2001 ; *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF-Léviathan, 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF-Léviathan, 2002 ; *Le droit et la nécessité*, PUF-Léviathan, 2011 ; *Philosophie du droit*, PUF-Que sais-je ?, 4^e éd., 2015.
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, 2001 ; *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF-Léviathan, 2003.
- VIALA (A.), *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010.
- VECHIO (G. del), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, rééd. 2004.

Revues

- Archives de philosophie du droit
- Droits (*Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*)
- Droit et philosophie (*Annuaire de l'Institut Michel Villey*)
- Droit et société
- Jurisprudence (*Revue critique*)
- Juspoliticum
- Revue de la recherche juridique et de droit prospectif
- Revue interdisciplinaire d'études juridiques
- Revus (*Journal for constitutional theory and philosophy of law*)

Achevé d'imprimer par France Quercy, 46090 Mercuès
N° d'impression : 61281 - Dépôt légal : janvier 2017



Imprimé en France

L'essentiel de la Philosophie du droit (1^{re} éd. 2017) est une synthèse rigoureuse, pratique et à jour de l'ensemble des connaissances que le lecteur doit avoir sur cette matière. 8 Chapitres. **Tout y est !**

**Réviser et faire
un point actualisé**

Auteur

Alexandre Viala est Professeur à l'Université de Montpellier et Directeur du CERCOP.

Public

- Étudiants en Licence et Master Droit
- Étudiants des Instituts d'Études politiques
- Étudiants des autres filières (AES, Histoire, Sciences économiques)
- Praticiens des professions juridiques et judiciaires

Sommaire

- **Les philosophies du droit substantialistes**
 - L'École classique du droit naturel
 - Le jusnaturalisme moderne
 - Le positivisme légaliste
 - Le positivisme sociologique
- **Les philosophies du droit relativistes**
 - Une épistémologie commune : la *wertfreiheit*
 - Le normativisme
 - Le réalisme juridique
 - Une démarche commune : la construction d'une théorie du droit



9 782297 053907

Prix : 13,50 €
ISBN 978-2-297-05390-7
www.lextenso-editions.fr