

Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique¹

Jean-Pascal CHAZAL

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

RÉSUMÉ.

LA PHILOSOPHIE DU DROIT ET LA THEORIE DU DROIT SONT DES MATIERES RECENTES A L'AUNE DE L'HISTOIRE. IL N'EST PAS ININTERESSANT DE SE PENCHER SUR LES CAUSES ET LES CIRCONSTANCES DE LEUR NAISSANCE, CAR ELLES ENTRETIENNENT DES RAPPORTS ETROITS AVEC LA CONCEPTION DU DROIT, LE STATUT EPISTEMOLOGIQUE DE LA SCIENCE JURIDIQUE ET LA METHODOLOGIE DES JURISTES.

« Méphistophélès : [...] arrêtez-vous aux mots ! et vous arriverez alors par la route la plus sûre au temple de la certitude.

L'écolier : *Cependant un mot doit toujours contenir une idée.*

Méphistophélès : *Fort bien ! mais il ne faut pas trop s'en inquiéter, car, où les idées manquent, un mot peut être substitué à propos ; on peut avec des mots discuter fort convenablement, avec des mots bâtir un système [...]. »*

Goethe, *Faust*, scène du cabinet d'étude, trad. G. de Nerval

¹ Cette étude, qui a pour origine une communication au séminaire du CERCRID en date du 9 juin 2000, ayant pour thème *Les rapports entre dogmatique juridique, doctrine et théorie du droit*, a été publiée aux Archives de philosophie du droit, T.45, 2001, p.303. Elle est ici reproduite avec l'aimable autorisation des éditions Dalloz.

Aujourd'hui, la réflexion sur le droit ne peut plus s'articuler autour de l'opposition absolue, de l'irréductible alternative, entre jusnaturalisme et positivisme juridique. Certes, des auteurs posent encore le débat en ces termes, mais ce n'est plus qu'un combat de mots², servant à étiqueter les opinions adverses en les caricaturant. Il est ainsi facile de fustiger l'étroitesse de vue des positivistes ou la fumeuse métaphysique des partisans du droit naturel. En réalité, chaque camp ne tient guère à rencontrer l'adversaire, et plutôt que le dialogue constructif on préfère souvent le monologue gorgé de néologismes. Dès lors, la discussion devient impossible, les mots se vidant de leur sens à force de les remplir de significations disparates. À cela s'ajoute une tendance détestable consistant, plutôt que de tenter d'appréhender la pensée des auteurs dans toute sa complexité, à exposer une doctrine simpliste pour mieux la démolir. Qu'une critique soit formulée à l'encontre d'une des deux grandes conceptions du droit (jusnaturalisme ou positivisme) et il s'élèvera un défenseur pour faire valoir la diversité des sensibilités à l'intérieur d'un même courant et rétorquer que la critique n'atteint qu'une certaine conception, à vrai dire caricaturale, du mouvement attaqué. Quand ce n'est pas une définition stipulative qui est opposée, dont l'effet est de s'enfermer dans un soliloque confortable. Tel l'immortel Protée de l'Odyssée qui, quand on veut l'attraper pour qu'il livre ses secrets, se métamorphose en une série de monstres, prenant même l'apparence insaisissable du feu et de l'eau, jusnaturalisme et positivisme se transforment sans fin lorsqu'on veut en saisir la substance par l'épreuve de la dialectique.

Les travaux de M. Villey ont permis de montrer qu'il existait, dans l'histoire de la pensée juridique, plusieurs conceptions du droit naturel très différentes les unes des autres, voire opposées les unes aux autres. Pour simplifier, il est possible de distinguer entre la conception classique telle qu'enseignée par Aristote et Thomas d'Aquin, celle de l'école moderne du droit naturel (Grotius, Pufendorf, Wolff, Burlamaqui, etc.), celle influencée par le néo-kantisme, qui a donné le fameux « *droit naturel à contenu variable* » (Stammler, Del Vecchio et, dans une certaine mesure, Gény), et enfin la conception néo-thomiste (Dabin). Le même pluralisme existe au sein du positivisme. Il est bien difficile de trouver des éléments susceptibles de réunir sous une bannière identique le volontarisme juridique (Scot, Hobbes, Bentham, Austin, Carré de Malberg), l'école de l'exégèse française (si tant est que cette école ait existé), le normativisme (Kelsen), les courants sociologiques (Ehrlich, Gurvitch, Duguit, Cardozo, Pound), la théorie analytique du droit (Hart, Bobbio, Guastini), le réalisme américain (Holmes, Bingham, Frank, Llewellyn, Cohen), le réalisme scandinave (Hägerström, Olivecrona, Ross) et enfin l'institutionnalisme (Hauriou, McCormick, Weinberger)³. Quand on aura dit que cette présentation non exhaustive est, d'une part, simpliste, chaque auteur pouvant être rattaché à plusieurs courants, et, d'autre part, arbitraire, chaque courant étant composé d'auteurs en désaccord, voire en opposition virulente, preuve sera faite

² Voir par ex. la critique de D. Gutmann (*RTD.Civ.* 2000, 211) adressée à l'ouvrage de C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF « Thémis », 1999.

³ Cf. la présentation de C. Grzegorzczak in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. Grzegorzczak, F. Michaut et M. Troper, Story scientia et LGDJ, 1992, p. 34 et s.

qu'il n'existe pas un mais plusieurs positivismes. Sans compter que certaines conceptions juridiques élaborées par les positivistes sont communes à certains auteurs d'inspiration jusnaturaliste et qu'entre ceux qui se réclament du positivisme, certains sont accusés d'être des jusnaturalistes déguisés : c'est ainsi que Ross taxe l'œuvre de Kelsen de pseudo-positivisme⁴. Ces accusations intestines ne sont pas l'apanage du positivisme, mais se trouvent également dans le camp opposé : M. Villey ne qualifie-t-il pas les héritiers de l'école moderne du droit naturel de « *pseudo-jusnaturalistes* »⁵ ?

À l'opposition radicale entre clans, ou écoles, s'oppose une démarche transversale et syncrétique. Bobbio, par exemple, explique, non sans provocation, que : « sur le plan idéologique où aucune tergiversation n'est possible, je suis jusnaturaliste. Sur le plan de la méthode, je suis positiviste avec autant de conviction. Enfin, sur le plan de la théorie du droit, je ne suis ni l'un ni l'autre »⁶. D'autres auteurs, que l'on nomme de façon ambiguë post-positivistes, tentent aussi de dépasser le traditionnel clivage afin de renouveler la réflexion sur les fondements du raisonnement juridique⁷. L'ambition de ce mouvement, qui semble adopter une démarche irénique, est de parvenir à une théorie juridique intégrale, ou globale, ne choisissant pas entre les courants doctrinaux existants, chacun étant affecté d'imperfections incontestables, mais réunissant les parties acceptables de chacun d'entre eux. L'idée de départ est judicieuse : la question cruciale est celle de la méthode. Bobbio a donc eu raison de distinguer trois aspects différents du positivisme juridique, indépendants les uns des autres : l'idéologie, la théorie et « le mode d'approcher l'étude du droit » (qu'il n'assimile pas à la méthode)⁸. Bien que certains s'en défendent, le positivisme, ou plutôt certaines doctrines positivistes, ont essuyé de sévères et péremptoires critiques quant à l'idéologie (culte de l'État et de l'obéissance des sujets) et la théorie (la réduction du droit à la loi, le juge ne faisant que l'appliquer mécaniquement) qu'elles véhiculent. Certes, au cours de la seconde partie du XX^e siècle des erreurs ont été éradiquées, des excès gommés, ce qui prouve l'extraordinaire plasticité de ce mouvement de pensée hétéroclite. Mais, aujourd'hui, les auteurs s'accordent à considérer que c'est la démarche méthodique, voire épistémologique qui est discriminante. Certains, la plupart se revendiquant du positivisme, veulent appliquer au droit la méthode empruntée aux sciences de la nature érigées en modèle indépassable de connaissance. En gros, il s'agit d'établir une distinction entre le droit et la science du droit afin de parvenir, grâce à la méthode empirique et descriptive, à la connaissance d'un système logique et cohérent de règles, débarrassé de l'influence des valeurs sociales, des fins du droit et de la morale⁹.

Dans cette perspective, l'utilisation de l'expression « *théorie du droit* » ou « *théorie générale du droit* », en lieu et place de la traditionnelle « *philosophie du droit* » n'est pas neutre ; elle révèle souvent (mais pas toujours) l'option épistémologique de l'auteur

⁴ A. Ross, « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista juridica de Buenos Aires*, 1961 IV, p. 72 et s., cité in *Le positivisme juridique*, op. cit., p. 204.

⁵ *Le droit naturel et l'histoire*, in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz 1969, p. 78.

⁶ *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 53.

⁷ A. Aarnio, R. Alexy et A. Peczenik, « The Foundation of Legal Reasoning », in *Rechtstheorie* n° 12/1981, Duncker & Humblot, Berlin, p. 133 et s.

⁸ N. Bobbio, « Sur le positivisme », in *Mélanges P. Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, T.I, p. 53 et s.

⁹ Voir M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 30.

qui range sa doctrine sous cette appellation. Le XX^e siècle a connu une floraison d'écrits de théorie du droit. Il y a bien sûr les célèbres ouvrages de Kelsen (*Théorie pure du droit*, 1^{re} éd. 1934, 2^e éd. 1960 ; *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945 ; *Théorie générale des normes*, 1979), Roubier (*Théorie générale du droit*, 2^e éd. 1951), Dabin (*Théorie générale du droit*, 2^e éd. 1969), Haesert (*Théorie générale du droit*, 1948), Friedmann (*Théorie générale du droit*, 1965) et Bergel (*Théorie générale du droit*, 3^e éd. 1998). Évidemment, il y a un effet de mode qui explique, au moins en partie, cette prolifération ; mode qui d'ailleurs s'inverse à la fin du XX^e siècle avec la parution des ouvrages intitulés *Philosophie du droit* de Batiffol (1960), Villey (T.I, 1975 et T.II, 1979), Atias (1999) et Oppetit (1999)¹⁰. Mais derrière l'effet de mode, il y a, sous-jacents, des choix fondamentaux opérés par les auteurs, de sorte que l'intitulé de l'ouvrage n'est pas le fruit du hasard. Certes, ces choix ne sont pas tous identiques. Ainsi, Dabin, Roubier et Bergel n'adhèrent pas à la conception kelsénienne de la science du droit. Mais il existe un point commun entre tous les ouvrages de Théorie du droit : une opposition plus ou moins marquée à la philosophie du droit. La présentation la plus courante est d'expliquer que philosophie du droit et théorie générale du droit s'opposent, ou plus exactement constituent deux matières distinctes, autonomes, irréductibles l'une à l'autre. Les raisons pour lesquelles ces deux expressions ont été forgées sont, à cet égard, pleines d'enseignements. Pour les connaître, il faut étudier les circonstances de leur naissance qui s'opère par la scission de la matière juridique (I). Mais la concurrence à laquelle elles se livrent, ainsi que les difficultés qu'elles éprouvent à s'affirmer clairement et solidement, révèlent la profonde unité de la matière juridique (II).

I. — LA SCISSION DE LA MATIÈRE JURIDIQUE

La prudence doit être de mise lorsqu'on avance une chronologie. Néanmoins, il semble que la philosophie du droit soit apparue peu avant la théorie du droit. Cette naissance, que l'on peut dater du XIX^e siècle, est le fruit d'une séparation d'avec la matière juridique, envisagée dans sa dimension technique (A). La naissance de la théorie du droit, quant à elle, n'est qu'une conséquence de cette séparation et aboutit à une tripartition (B).

A. — *La séparation : naissance de la philosophie du droit*

À l'origine, les juristes n'éprouvaient pas un besoin de distanciation par rapport à la matière dont ils étaient les savants. Non par manque d'esprit critique ou de capacité de réflexion, mais parce que la philosophie est consubstantielle au droit ; ce qui n'est pas incompatible avec le statut de science octroyé à celui-ci. Cicéron (*De Oratore*, I, 188 à 192) est le premier, sous l'influence de la philosophie grecque, à concevoir le dessein

¹⁰ On ne mentionne que pour mémoire l'ouvrage de Du Pasquier dont le titre est : *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit* (4^e éd. 1967).

d'organiser le droit en art ¹¹, c'est-à-dire, de façon rationnelle en définissant les termes, en distinguant les genres et les espèces, celles-ci étant subsumées sous un genre en fonction de leur caractère commun. Cette méthode est celle des sciences de la nature. Or, la définition du droit garde, chez Cicéron, une forte coloration philosophique : « il faut donc ici poser la fin du droit civil : c'est d'observer fidèlement l'équité, selon les lois et les usages, dans les divers cas opposant les citoyens » ¹². Il n'existe aucune contradiction à organiser le droit en science et à considérer que sa finalité est la recherche du juste, de l'équitable. C'est qu'à l'époque, la science n'est qu'un synonyme de savoir structuré, et donc de sagesse qui n'est que la plus haute forme de la connaissance humaine. Cette démarche va se perpétuer chez les juristes. Ainsi, Ulpien (D. 1, 1, 10, 2) définit la jurisprudence comme la connaissance des choses divines et humaines et la science du juste et de l'injuste. Le travail du jurisprudent, qualifié de prêtre, est d'exercer la justice en faisant connaître le bon et l'équitable, en séparant l'équité de l'iniquité, en distinguant le licite de l'illicite (D. 1, 1, 1, 1). Ulpien termine ce fragment en précisant que ce travail constitue la vraie philosophie (*veram philosophiam*).

La philosophie participe donc de l'essence de la matière juridique, elle est inhérente au savoir du juriste qu'elle innerve. Selon Cujas « *Jus est scientia aequi & iniqui, vel ars. Ars enim est eorum quae sciuntur* » ¹³. Pour Charondas le Caron, la jurisprudence, définie comme la « science ou sagesse civile », est la principale partie de la philosophie morale ¹⁴. Domat, dans la préface de son ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, évoque la « science du droit naturel », sans voir une quelconque logomachie dans cette expression. Lorsque De Ferrière définit, à la romaine, la jurisprudence comme « la science de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas » ¹⁵, ou lorsque Portalis, dans le *Discours préliminaire*, qualifie à plusieurs reprises la jurisprudence de science, c'est dans le sens large de savoir rationnellement organisé ¹⁶. C'est également le cas pour Merlin qui, reprenant le Répertoire de Guyot, définit la jurisprudence comme « *la science du droit* » ¹⁷. Jusqu'au début du XIX^e siècle les travaux des jurisconsultes étaient pétris de morale chrétienne et de philosophie antique et médiévale. La technique juridique héritée de Rome était ainsi vivifiée sans que le droit perde son statut de

¹¹ Chez Cicéron, *ars* s'oppose à la pratique et désigne un ensemble de connaissances méthodiquement réunies. *Ars* est donc synonyme de science *lato sensu*. Cf. M. Villey, *Logique d'Aristote et droit romain*, in *Leçons d'histoire de la philosophie de droit*, Dalloz, 1957, p. 175 note 35.

¹² *De Oratore*, I, 188 : *Sit ergo in jure civili finis hic : legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*.

¹³ Le droit est la science, ou plutôt, l'art, du juste et de l'injuste. En effet, l'art est ce qui est su. *Juris consultorum, Operum* T.II, *Paratitla in libros quinquaginta digestorum*, I, I, I, *De justitia & jure*. Sur les liens indivisibles entre la science et l'art au sein de la matière juridique : G. Renard, *Le Droit, La Logique et Le Bon Sens*, Sirey, 1925, p. 73 et s. et p. 115 et s.

¹⁴ *Pandectes ou Digestes du droit françois*, 1607, Liv. I, Ch. III, p. 15.

¹⁵ *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2^e éd. 1740, T.II, V^o *Jurisprudence*, p. 100.

¹⁶ « J'appelle science une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps de doctrine et de système, sur quelqu'une des branches principales de nos connaissances », Loqué, T. I, p. 343.

¹⁷ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd. 1813, T.6, V. *Jurisprudence*, p. 705.

science. Cette fusion entre le droit et la philosophie n'a pas été complètement oubliée au cours du XIX^e siècle. On en décèle encore les traces chez certains auteurs, comme Oudot, pour qui la philosophie n'est pas un accessoire du droit, mais se fonde dans son identité¹⁸. Il consacrait les premières leçons de son cours de droit civil à la philosophie et proclamait que : « le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, doit choisir entre Aristote et Platon, entre Vico et Herder, entre Domat qui déduit le juste de l'amour d'autrui, et Bentham qui le déduit de l'amour de soi-même »¹⁹. On sent, dans cette phrase, le poids de la tradition dans laquelle le jurisconsulte était appelé sage ou philosophe²⁰. Pourtant, cette profession de foi est déjà un chant du cygne. Deux facteurs vont être fatals à cette conception unitaire du droit : d'une part, le positivisme légaliste (1), et d'autre part, le positivisme scientifique (2).

1. - Le rôle du positivisme légaliste.

Pour comprendre cette séparation historique du droit et de la philosophie, il faut revenir à l'enseignement de Kant lorsque, à la fin de sa vie, il incorpore le droit à sa philosophie critique en le faisant comparaître devant le tribunal de la raison. Dès l'introduction de sa *Doctrine du droit*²¹, le maître de Königsberg pose la question « Qu'est-ce que le droit ? » (*Quid jus ?*), qu'il distingue de la question *Qu'est-ce qui est de droit ?* (*Quid juris ?*). Kant utilise cette distinction pour montrer que la question *Quid jus ?* ne peut recevoir de réponse valable qu'en recherchant, par l'usage de la raison, le critère universel du juste et de l'injuste, sans se préoccuper des lois en vigueur dans un pays à une certaine époque, ce qu'il appelle la « législation empirique ». Apparemment, Kant n'est pas éloigné de ses prédécesseurs qui croyaient indispensable de toujours réfléchir sur le juste : « Une science simplement empirique du droit (comme la tête de bois de la fable de Phèdre) est une tête, qui peut être belle ; mais il n'y a qu'un mal : elle n'a point de cervelle »²². Mais, en réalité, il existe une rupture fondamentale d'ordre épistémologique, qui est mise en évidence dans le *Conflit des facultés*²³. Selon Kant, le juriste doit se contenter de rechercher le juste dans les lois officiellement promulguées ; c'est au philosophe qu'il appartient de critiquer, au nom de la raison, les lois existantes. Il n'est pas anodin que Kant est le premier auteur à opérer une distinction claire entre la règle morale et la règle juridique²⁴.

¹⁸ *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846, préface p.XIV. Cf. aussi Ahrens, *Cours de droit naturel*, 4^e éd. 1853, p. 5 : « la philosophie du droit n'est qu'une branche de la science une et universelle du droit ». Comp. G. Del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, Sirey, 1936, p. 7 : « La Philosophie du Droit, certes, a donc son indépendance, son autonomie en face de la jurisprudence, mais elle a néanmoins avec elle des connexions et des relations nécessaires ».

¹⁹ *Op. cit.*, p. 106.

²⁰ Merlin, *op. cit.*, V^o *Jurisconsulte*.

²¹ E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie, *Doctrine du droit*, trad. Philonenko, Vrin, 1993.

²² *Op. cit.*, Introduction, §. B, p. 104.

²³ Cité par M. Villey, *Kant dans l'histoire du droit*, in *Leçons...*, *op. cit.*, 2^e éd. 1962, p. 259.

²⁴ S. Goyard-Fabre, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », in *Théorie du droit et science*, dir. P. Amsselek, PUF, 1994, p. 220.

Cette division du travail a connu un succès considérable. À partir du XIX^e siècle, la philosophie du droit sera de fait réservée aux philosophes, les juristes se cantonnant, sauf rares exceptions, à la technique. Il est vrai que la philosophie kantienne a trouvé dans la doctrine française du XIX^e siècle un terrain fertile. En effet, les auteurs de cette époque, enclins à sacraliser la loi en contemplant la codification napoléonienne, se satisfirent de cette nouvelle répartition des tâches. Demolombe, par exemple, a dénoncé la confusion opérée par certains juristes entre le droit, d'une part, et la philosophie et la morale, d'autre part. Il rappelle que l'objet d'étude du jurisconsulte est la loi, c'est-à-dire la règle sanctionnée par la puissance publique, et reproche à Duranton et Proudhon de qualifier de préceptes de droit des préceptes qui sont moraux ou philosophiques²⁵. S'agissant du statut juridique du droit naturel, Demolombe s'oppose à Demante en niant qu'il puisse être juridiquement obligatoire indépendamment de la loi positive : « N'est-ce pas là effectivement raisonner en philosophe, en moraliste plutôt qu'en jurisconsulte ? N'est-ce pas mêler et confondre plusieurs sciences, voisines et alliées même sans doute, mais distinctes pourtant et très différentes, et qui, ne se proposant pas la même fin, ne doivent pas se placer au même point de vue ? Le jurisconsulte, en effet, ne doit pas s'attacher à un modèle plus ou moins parfait, à un type plus ou moins idéal ; il ne doit pas considérer les règles des actions humaines a priori, d'une manière abstraite, absolue, spéculative, mais bien relativement à l'état présent de la société, à ses besoins, à ses mœurs et aux lois positives elles-mêmes, qui la gouvernent »²⁶. C'est exactement la doctrine de Kant, même si Demolombe n'y fait pas expressément référence !

Cette doctrine a d'autant plus facilement influencé les auteurs français qu'elle correspondait à leur définition du droit. Kant, comme les interprètes du Code civil, lie indissolublement le droit à la contrainte ; le critère de distinction entre le droit et la morale étant le caractère externe ou interne de cette contrainte. « De même que le droit en général n'a comme objet que ce qui est extérieur dans les actions, de même le droit strict, je veux dire celui qui est pur de tout ce qui est moral, est le droit qui n'exige que des principes de détermination extérieurs de l'arbitre »²⁷. Mourlon utilise le même type d'argument pour exclure le droit naturel du domaine du droit : « le droit naturel se confond avec la morale » et « cette distinction entre le droit naturel et le droit positif n'est utile que scientifiquement parlant ; elle n'a en jurisprudence aucun côté pratique. Pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe, le droit positif »²⁸. Voilà comment a été justifiée la réduction du domaine de compétences et de recherches du juriste, par le juriste lui-même. Désormais, c'est le philosophe qui se chargera de la réflexion sur le droit. Le juriste, quant à lui, se contentera, sauf rares exceptions, de quelques allusions éparses et brèves à la philosophie du droit présentes dans le Code civil²⁹. À cet égard, il est intéressant de souligner le changement substantiel qui affecte la définition du droit et de la jurisprudence. Alors qu'il était l'art du bon et de l'équitable (*jus est ars boni et aequi* enseignait Celse), le droit devient, à partir du

²⁵ Demolombe, *Cours de Code civil*, T.I, 1845, n° 3 et 4.

²⁶ *Op. cit.*, n° 10.

²⁷ Kant, *op. cit.*, Introduction §.E, p. 106.

²⁸ Mourlon, *Répétitions écrites...*, 8^e éd. 1869, par Demangeat, T. I, n° 4 et 8.

²⁹ Ex. : Troplong, *De la vente*, 1834, T.I, préface, n° 3 p. xvij : « Une nouvelle ère s'ouvre pour la philosophie du droit ». Boistel, « Le Code civil et la philosophie du droit », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, T.I, p. 47.

XIX^e siècle, un ensemble de règles contraignantes, non sans passer par les affres d'une abondante polysémie. Dans le même temps, la jurisprudence n'est plus la science du juste et de l'injuste, mais « la science des lois »³⁰. Cette transmutation n'est pas innocente. Elle permettra au droit de prétendre à la qualité de science expérimentale : ce sera la science qui étudie objectivement les lois existantes. Le normativisme n'est pas loin ! On parvient ainsi à un complet renversement de perspective, car selon De Ferriere « la Justice est une vertu, le Droit est la pratique de cette vertu, et la jurisprudence la science de ce Droit »³¹. En quelques décennies, le juriste n'est plus ce prudent qui sait distinguer le juste de l'injuste ; il devient un légiste qui rend compte des lois positives (les seules qui désormais existent juridiquement) comme le physicien des lois de la nature.

2. - Le rôle du positivisme scientifique.

L'attrait des mathématiques et des sciences expérimentales ne date pas du XIX^e siècle. Par exemple, Pufendorf concevait la possibilité « de conférer au Droit naturel la forme d'une science rigoureuse dont toutes les parties se tiennent et découlent les unes des autres »³², et admettait un principe de certitude dans les sciences morales grâce à l'utilisation du syllogisme démonstratif³³. « La morale, qui a pour objet la régularité ou l'irrégularité des actions humaines [...], est appuyée sur des fondements inébranlables, d'où l'on peut tirer de véritables démonstrations, capables de produire une science solide »³⁴. De manière caractéristique, Barbeyrac, traducteur du *De Jure Naturae et Gentium*, cite dans sa préface un passage de l'*Essai concernant l'entendement humain* de John Locke, dans lequel celui-ci affirme ne point douter qu'il est possible de déduire de « propositions évidentes par elles-mêmes, les véritables mesures du Juste et de l'Injuste, par des conséquences nécessaires et aussi incontestables que celles qu'on emploie dans les mathématiques ». Cette tendance s'intensifie au XIX^e siècle. Toullier enseigne : « on entend par science un enchaînement de vérités fondées sur des principes évidents par eux-mêmes ou sur des démonstrations, une collection de vérités d'une même espèce, rangées dans un ordre méthodique »³⁵. Le droit fut aussi comparé aux sciences de la nature. Ainsi, pour Alfred Jourdan, « les sciences morales [...] ne procèdent pas autrement que les sciences naturelles »³⁶. Ernest

³⁰ Toullier, *Le droit civil français*, 3^e éd. 1820, T.I, n° 1.

³¹ De Ferriere, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1740, T.I, V° *Droit*. Peut-être que la jurisprudence est en passe d'acquiescer le statut de science moderne depuis que ce terme ne désigne plus que la jurisprudence des arrêts. Les progrès de l'informatique aidant, la jurisprudence tend à s'identifier aux bases de données compilant les décisions des tribunaux et des cours.

³² *Specimen Controversiarum circa Jus Naturale*, 1674, IV, § 1.

³³ Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Bâle 1732, trad. J. Barbeyrac, Liv. I, Ch. II, § II.

³⁴ *Op. cit.*, Liv. I, Ch. II, § IV.

³⁵ Toullier, *op. cit.*, T.I, n° 1. Contra : Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e éd. 1850, T.I, n° 1, qui estime que le droit est un art et non une science, car il n'a pas pour objet d'enseigner des vérités. Voir la position nuancée de Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1908, 5^{ème} éd., T.1, n°3 : « le droit est mobile comme la vie et comme l'opinion humaine ».

³⁶ A. Jourdan, *Le droit français*, 1875, p. 20.

Roguin peut aussi être cité : « nous étudions le droit d'un point de vue analytique et synthétique, comme le chimiste étudie les corps qu'il décompose et classe. [...] Par leur nature même, nos conclusions sont, sauf erreur, tout aussi rigoureuses que celles de la science des corps matériels »³⁷. Picard, dans *Le droit pur* (1908), expliquait que « le droit est une science naturelle comme la botanique ou la zoologie, une science de faits susceptibles d'observation scientifique, et non pas un ensemble de concepts cérébraux ». Il s'agit là d'un bouleversement méthodologique et épistémologique dont nous ressentons, encore aujourd'hui, les effets. Oubliant l'enseignement d'Aristote, le juriste se mit à croire à la pertinence, dans sa discipline, du syllogisme démonstratif. Soumise au raisonnement hypothético-déductif, la matière juridique prétendait accéder alors au rang des sciences modernes.

C'est au milieu du XIX^e siècle que la fascination pour les sciences dites modernes atteint son paroxysme, au point d'impressionner les juristes pourtant si attachés à la tradition. Le positivisme scientifique initié par Auguste Comte n'y est pas étranger. L'idée se répand que la seule véritable connaissance scientifique découle de l'observation des faits perceptibles, toute autre connaissance étant dépourvue de valeur. Les sciences expérimentales, par leurs méthodes, deviennent le parangon du savoir. Les sciences morales se doivent de les imiter à peine d'être rejetées dans les ténèbres de l'histoire. Or, puisque les valeurs, telles que le juste et l'injuste, ne peuvent se plier aux méthodes expérimentales, force est de les abandonner à la métaphysique. Le positivisme scientifique confine donc au scientisme métaphysique (« tendance à croire que la science résoudra les problèmes relevant autrefois de la métaphysique ») et méthodologique (« tendance à considérer la méthode des sciences physico-chimiques comme seule valable dans les autres domaines »³⁸).

Alors qu'elle était, encore au XVIII^e siècle, l'âme du droit, la philosophie va rapidement en être séparée. Certes, après Kant, les juristes s'intéresseront encore à la philosophie. Il suffit de citer les ouvrages de Lerminier (*Philosophie du droit*, 1831) Belime (*Philosophie du droit*, 1843), Oudot (*Premiers essais de philosophie du droit*, 1846), Beudant (*Le droit individuel et l'État*, 1891) et Boistel (*Cours de philosophie du droit*, 1899). Mais force est de remarquer que la réflexion critique sur le droit a été expulsée des ouvrages techniques exposant le droit positif, pour être logée dans des livres spécialisés. Au surplus, cet intérêt persistant des juristes pour la philosophie masque en réalité une lame de fond en sens contraire. Si Belime peut encore se contenter de sous-titrer sa *Philosophie du droit : Cours d'introduction à la science du droit*, Boistel, quant à lui, est contraint de réagir contre l'opinion qui se propage à la fin du XIX^e siècle suivant laquelle la métaphysique n'est pas une science car l'objet de son étude échappe à la connaissance et ne peut fournir à l'intelligence aucune certitude³⁹. Cette résistance se révéla vaine puisque le cours de Philosophie du droit professé par Boistel à la Faculté de droit de Paris fut supprimé au bout de six années. Il est d'ailleurs révélateur que l'auteur a cru devoir souligner la témérité de son entreprise dans la préface de son ouvrage. C'était l'annonce d'un déclin durable de l'étude, par les juristes, de la philosophie du

³⁷ E. Roguin, *La règle de droit*, F. Rouge, Lausanne 1889, préface p. VI.

³⁸ P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, V^o *Scientisme*. Voir aussi A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, V^o *Scientisme*.

³⁹ Boistel, *op. cit.*, p. 7.

droit. Comme si la philosophie constituait une entrave à l'accession du droit au rang des sciences modernes. C'est ce que pense Valette : « tout ce luxe de métaphysique ne peut être d'aucun avantage pour les véritables progrès de la science du droit »⁴⁰. Cette opinion excessive entraînera sans tarder une réaction, ou plus exactement des réactions contradictoires créant une tripartition.

B. — *La tripartition : naissance de la théorie du droit*

La naissance de la théorie du droit n'est qu'une conséquence de la séparation du droit et de la philosophie qui le vivifiait. La matière juridique est alors scindée en trois : le droit positif et technique, la philosophie du droit, essentiellement préoccupée de questions métaphysiques, et la théorie du droit. Mais il ne faudrait pas croire que cette nouvelle discipline soit homogène. Elle se manifeste par deux mouvements contradictoires, apparaissant au XX^e siècle. L'un consomme la rupture épistémologique initiée au siècle précédent (1). L'autre consacre une forme de résistance des juristes attachés à la réflexion critique sur le droit et à la nécessaire prise en compte des valeurs (2).

1. - La rupture.

On estime que ce n'est qu'au XX^e siècle, pour des raisons qu'il conviendra de découvrir, que l'expression *Théorie du droit* émerge. On date généralement son apparition en 1926, lors de la création à Brno de la *Revue internationale de la théorie du droit*. Sans minimiser l'importance de cet événement, il est possible d'attester l'usage de cette expression dès le XIX^e siècle. Ainsi, Boistel cite le livre de Belime en signalant qu'il « contient aussi la théorie générale du droit »⁴¹. Il est difficile de comprendre le sens de cette formule que l'auteur n'a pas jugé bon d'éclairer, sans doute parce qu'il allait de soi. Peut-être que la manière dont les jurisconsultes se servaient, à l'époque, du mot théorie est susceptible de fournir une explication. Citons les sous-titres du traité de Toullier : « *Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique* », et du cours de Marcadé : « *Explication théorique et pratique du Code civil français* ». Le terme théorie est ici utilisé par opposition à la pratique du droit pour souligner les liens qui unissent l'École et le Palais ; la théorie désignant l'enseignement ou l'étude abstraite du droit. Tout porte donc à croire que par théorie générale du droit, Boistel entendait l'étude de la matière juridique dans sa généralité. Le second tome du livre de Belime, consacré entièrement à l'exposé du droit des personnes, de la propriété, des successions, des obligations, des contrats spéciaux, des preuves judiciaires et de la prescription, rend crédible cette explication. Cet usage du terme théorie, dans le sens de large synthèse explicative, par opposition aux doctrines et systèmes personnels, se rapproche de celui proposé par Claude Bernard dans son *Introduction à l'étude de la médecine*

⁴⁰ *Rev. de droit français et étranger*, 1846, T. III, p. 243.

⁴¹ Boistel, *op. cit.*, p. 9 note 4.

expérimentale (1865)⁴². Il marque déjà, dans une certaine mesure, l'attraction des sciences expérimentales tout en gardant une connotation laudative.

En 1912, paraît un ouvrage intitulé *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, dont l'auteur est Paul Condomine. Théorie est, chez cet auteur, un synonyme de systématisation spéculative, « une vaste construction de l'esprit » (p. 81). C'est en réalité d'une critique de la théorie juridique qu'il s'agit. Selon Condomine, la théorie juridique bute contre deux écueils : d'une part, le souci d'harmonie pousse le théoricien à déformer la réalité (« De servante, l'esthétique est devenue maîtresse ») et, d'autre part, l'abus d'abstraction logique amène le théoricien à regarder la proposition qu'il pose comme se modelant exactement sur la réalité. L'auteur sauve néanmoins la théorie en la cantonnant à trois rôles : classer les solutions, former un terrain de controverse, de discussion, d'entente et de conciliation, et enfin permettre l'adéquation du droit positif aux mœurs et aux aspirations morales. Par cette troisième fonction, Condomine s'oppose à Emmanuel Lévy⁴³ qui refusait d'intégrer dans la théorie la politique juridique aux motifs qu'elle n'était pas une science et que le droit aspirait à le devenir. « Permettons donc à la théorie juridique une part d'hypothèse, c'est-à-dire un peu d'art et de philosophie. Peut-être ainsi contiendra-t-elle une idée-force » (p. 160).

Le moins que l'on puisse dire, c'est que Kelsen a balayé sans ménagement ce souhait. Il crée en 1926 la *Revue internationale de la théorie du droit* dont l'une des motivations était de s'opposer à la philosophie du droit, considérée comme inséparable des thèses jusnaturalistes⁴⁴. Même si Roguin, en 1923 avait déjà publié *La science juridique pure*⁴⁵, de laquelle il bannit les valeurs, les théoriciens du droit s'accordent à voir dans l'œuvre de Kelsen la véritable rupture épistémologique⁴⁶. L'opposition entre philosophie du droit et théorie du droit révèle chez lui un choix méthodologique délibéré. Les auteurs qui revendiquent l'enseignement de la philosophie du droit sont souvent des adeptes du droit naturel. Leurs ouvrages sont les successeurs des traités du droit de la nature et des gens en vogue au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, très peu d'ouvrages ayant gardé cette dénomination en raison de la connotation péjorative du droit naturel chez les juristes à partir du milieu du XIX^e siècle⁴⁷. C'est cette assimilation de la philosophie du droit et des thèses jusnaturalistes qui a incité Kelsen à choisir l'expression théorie pure pour désigner sa démarche. Dans sa préface de 1934, il explique ce qu'il entend par théorie pure du droit : « une théorie exempte de toute idéologie politique et de tout élément relevant des sciences de la nature [...]. Mon but a

⁴² Voir A. Lalande, *op. cit.*, V^o *Théorie*.

⁴³ « Notes sur le droit considéré comme science », in *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, nov. 1910, p. 299.

⁴⁴ Brethe de la Gressaye, in *Arch. phil. droit*, 1962, T.VII, *Qu'est-ce que la philosophie du droit ?*, p. 95 et 96.

⁴⁵ Roguin, *La science juridique pure*, F. Rouge, Lausanne 1923, préface p. XX.

⁴⁶ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, préc., p. 210.

⁴⁷ Toutefois, par ex. : H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, 4^e éd. 1853 ; Th. Jouffroy, *Cours de droit naturel*, 3^e éd. 1858 ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, 1914-1927, Vol. II, *L'irréductible droit naturel* ; A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF « Que sais-je ? », 1993 ; X. Dijon, *Droit naturel*, PUF « Thémis », T. 1, 1998. Le droit naturel est inscrit au programme des cinq Facultés de droit de la Belgique francophone, cf. *L'enseignement de la philosophie du droit*, dir. M. Troper et F. Michaut, Bruylant LGDJ. 1997, p. 77.

été d'emblée d'élever la théorie du droit [...] au rang d'une véritable science ». D'ailleurs, la première édition de la *Théorie pure du droit* porte en sous-titre : « *Introduction à la science du droit* ». On ne saurait mieux afficher les prétentions scientistes de cette nouvelle approche. Dès lors, pour Kelsen, la distinction entre la philosophie du droit et la théorie générale du droit ne pose pas de difficultés particulières, chacune fonctionnant en vase clos : « la philosophie du droit cherche à répondre à la question de savoir quelles règles le droit doit adopter ou établir, en d'autres termes son sujet spécifique est le problème de la justice. [...] Tout au contraire la théorie générale du droit a pour sujet le droit tel qu'il est en fait, effectivement, c'est-à-dire le droit positif »⁴⁸. Certains partisans de la théorie générale du droit sont plus radicaux que Kelsen et réclament l'enterrement définitif de ce cadavre qu'est le droit naturel afin de voir « sans regret une jeune "Théorie du droit" se substituer à une "philosophie du droit" poussiéreuse et périmée »⁴⁹. L'expression théorie du droit devient ainsi la bannière des adversaires du droit naturel.

Les théoriciens du droit souhaitent donc établir une séparation étanche entre leur science et la philosophie du droit⁵⁰. Certes, la ligne de séparation varie selon les auteurs, et il est impossible de donner une présentation complète des multiples divergences sur ce point, mais, en simplifiant, on peut exposer deux points de rupture avec la philosophie du droit : d'une part, s'agissant du fond, la théorie du droit est bâtie sur le dogme de la neutralité axiologique et, d'autre part, au plan de la méthode, elle ne reconnaît comme pertinent que l'empirisme descriptif, partant du postulat que la science doit être nécessairement distincte de l'objet étudié. Évidemment, ce dogme et cette méthode forment un tout indissociable qu'il faut essayer d'appréhender globalement.

Selon ce programme, la théorie pure, qui constitue une théorie générale du droit⁵¹, « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est »⁵². Cette exclusion de la politique juridique et des théories de la justice rappelle la distinction proposée par Bentham entre la description du droit positif et la théorie de la législation. Or, comme le droit a été cantonné à la pure technique, la réflexion critique ayant été repoussée vers la philosophie, comment l'étude d'un objet, duquel les jugements de valeur sont exclus, pourrait-elle être autrement que descriptive ? D'ailleurs, l'hypothèse peut être avancée que la théorie pure du droit n'a pu être conçue qu'à partir du moment où l'objet de son étude a été épuré de la philosophie qui le gangrenait⁵³. Le droit n'étant plus la recherche du juste, mais un ensemble de règles positives, il devient susceptible d'un exposé descriptif. La théorie du droit, qui déclare assumer cette fonction purement descriptive, est en quelque sorte un

⁴⁸ H. Kelsen in *Arch. phil. droit*. 1962, préc., p. 131.

⁴⁹ H. Lévy-Bruhl in *Arch. phil. droit*. 1962, préc., p. 135 et 136.

⁵⁰ Pour une proposition de distinction entre théorie du droit et science du droit : M. Troper, *op. cit.*, p. 19.

⁵¹ Sur l'équivalence des expressions *Théorie pure du droit* et *Théorie générale du droit*, Voir *Théorie pure du droit*, 2^e éd. trad. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999 (réimp. de l'éd. 1962), Tit. I, n° 1, p. 9 et *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant-LGDJ, 1997, préface p. 46.

⁵² *Théorie pure du droit*, 2^e éd. préc., p. 9.

⁵³ Certes, le passage par la neutralité du droit-objet n'est pas, en théorie, nécessaire pour parvenir à la neutralité de la science du droit (M. Troper, *op. cit.*, p. 36), mais, en pratique, il a été déterminant.

contre-coup de la séparation du droit et de la philosophie. Par la même occasion, elle accède au prestigieux statut de science expérimentale.

Le dogme de la neutralité axiologique du droit s'explique par l'ambition de constituer une véritable science juridique sur le modèle des sciences de la nature ou des mathématiques. Certes, cette ambition existait déjà au XVII^e siècle chez les auteurs du droit naturel moderne. Mais, leur prétention scientifique était obérée par les valeurs prétendument immuables et universelles qui innervaient la trame de leur système. Or, la notion de valeur est inséparable de la subjectivité de celui qui porte un jugement de cette nature, ce qui est incompatible avec le statut moderne des sciences, qui se veulent apodictiques ou analytiques, au sens aristotélicien. On perçoit, dans cette prétention, l'indéniable influence de la philosophie positive d'Auguste Comte pour qui la connaissance vraie ne peut se fonder que sur l'étude du monde extérieur, « considérant comme absolument inaccessible et vide de sens [...] la recherche de ce qu'on appelle les causes soit premières, soit finales »⁵⁴. La philosophie positive s'oppose donc à la morale, à la métaphysique, en estimant que seule la réalité est accessible à la connaissance humaine⁵⁵. Ce point est important, car les valeurs sont considérées comme étrangères à la réalité, en ce qu'elles appellent un jugement éthique, une appréciation du bien et du mal. On peut également détecter l'influence du Cercle de Vienne qui, dans la première moitié du XX^e siècle, a érigé la vérité des propositions en postulat suprême de la science⁵⁶. C'est ce que l'on appelle le positivisme logique dont la thèse centrale est de ne considérer comme scientifique que ce qui peut être l'objet de vérification. Pour ces penseurs, dont les idées ont certainement inspiré Kelsen, les thèses métaphysiques sont vides et dénuées de sens puisqu'elles ne peuvent être démontrées ni formellement ni empiriquement.

Ce dogme est riche de conséquences pour la science juridique. On peut le rapprocher de la dénonciation du « *paralogisme naturaliste* » consistant à prétendre tirer une norme (devoir être) d'un énoncé descriptif. Hume⁵⁷ a stigmatisé, à propos des systèmes de moralité, cette tendance critiquable de certains auteurs à déduire une proposition appréciative de prémisses neutres, niant la possibilité de fonder un système moral sur l'ontologie. C'est ce que signifie l'impossibilité logique de passer du *Is* (ce qui est) au *Ought* (ce qui doit être) ; d'inférer une règle de conduite d'une description de l'être. Kant l'a généralisé au plan épistémologique en enseignant que la raison théorique s'exprime à l'indicatif par des jugements sur la réalité (*Sein*), tandis que la raison pratique s'exprime en impératifs (*Sollen*). Or, pour Kant, il est exclu de faire porter un énoncé appréciatif sur la réalité. Kelsen, quant à lui, fait de cette distinction la pierre de touche de son système, tout en avouant l'impossibilité de définir précisément les termes *Sein* et *Sollen*, cette distinction étant « donnée immédiatement à notre conscience »⁵⁸.

⁵⁴ *Cours de philosophie positive*, T.I, 1830, p. 16.

⁵⁵ P. Foulquié, *op. cit.*, p. 552. Pour Aristote, au contraire, la philosophie a pour objet l'étude des causes premières et des principes des êtres (*Métaphysique*, A, 1, 981 b 25).

⁵⁶ V. Petev, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 233.

⁵⁷ *Traité sur la nature humaine*, 1739-1740, III, I, I, dernier paragraphe.

⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, trad. Beaud et Malkani, p. 79. Sur cette distinction, sa critique et sa défense, voir : O. Cayla, *La notion de signification en droit*, thèse Paris II 1992 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob 1997, p.174 et s.

Kelsen précise : « le dualisme de l'être et du devoir-être coïncide avec le dualisme de la réalité et de la valeur. En effet, on ne peut inférer d'une réalité aucune valeur et de la valeur aucune réalité »⁵⁹. Cette opposition entre être et devoir-être, fait et valeur, doit être rapprochée du postulat fondamental de la théorie pure du droit, à savoir que la science doit être distinguée de son objet. Plus précisément, le droit (les normes juridiques) est l'objet de la science du droit⁶⁰. Or, si l'ordre juridique est composé de normes, c'est-à-dire de *Sollen*, la science du droit qui le décrit contient des propositions de droit. Les normes sont valables ou non valables, tandis que les propositions de la science du droit sont vraies ou fausses. « Bien que la science du droit ait pour objet des normes juridiques, et par conséquent les valeurs juridiques fondées par elles, ses propositions sont cependant, de même que les lois naturelles de la science de la nature, une description de leur objet exempte de toute appréciation de valeur »⁶¹.

Certes, Kelsen ne commet pas l'erreur de vouloir construire une théorie du droit sur le modèle des sciences de la nature⁶². La science juridique n'a pas pour objet des faits, mais des normes. Or, celles-ci ne sont pas sans rapport avec les valeurs. Mais il y a un renversement de perspective : contrairement à la thèse défendue par les jusnaturalistes, ce ne sont pas les valeurs qui fondent les normes, mais les normes qui fondent les valeurs⁶³. Pour Kelsen, le droit ne peut être cette science du juste comme le pensaient les Romains, car la justice ne peut être définie rationnellement, c'est-à-dire en se fondant scientifiquement sur l'expérience⁶⁴. Le droit n'est plus une fin, mais simplement un moyen, une technique d'organisation sociale ; il est instrumentalisé. C'est ce contre quoi certains auteurs s'élèveront, consacrant ainsi une forme de résistance, sans toutefois parvenir à un retour au passé.

2. - La résistance.

Le partage kantien des compétences entre le philosophe et le juriste a rapidement engendré une difficulté sérieuse, inhérente à toute spécialisation excessive du savoir : l'isolement et l'incompréhension mutuelle. Les philosophes privilégièrent généralement une étude du droit « dépouillé de son appareil technique, sous prétexte d'en mieux atteindre l'essence »⁶⁵, une approche métaphysique, déconnectée de la réalité juridique, et donc inutile pour les juristes⁶⁶. Par une sorte de tropisme, ceux-ci ont tenté de se réapproprier la réflexion sur le droit. Mais ils ne pouvaient plus intégrer celle-ci directe-

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 75.

⁶⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Tit. III, § 14, p. 77.

⁶¹ H. Kelsen, *op. cit.*, Tit. III, § 18, p. 88 et 89.

⁶² Dans la préface de la 1^{re} édition (1934) de la *Théorie pure du droit*, Kelsen range la « jurisprudence » dans la catégorie des sciences morales. Il distingue à ce propos la causalité de l'imputation, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Tit. III, n° 18.

⁶³ H. Kelsen, *op. cit.*, Tit. I, §.4, e), p.24 et s.

⁶⁴ Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, Être et Penser, cahiers de philosophie, 1988 (1^{re} éd. 1953) p. 62.

⁶⁵ Dabin, *Théorie générale du droit*, n° 9.

⁶⁶ « La philosophie du droit [...] est plus de la philosophie que du droit », J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd. 1998, n° 4.

ment dans leurs manuels dédiés presque exclusivement à la description du droit positif. Certes, les manuels et les cours d'introduction au droit contiennent souvent des allusions ou des passages consacrés à la philosophie du droit, mais ces incursions sont demeurées timides et superficielles, sans doute en raison du caractère didactique assigné à ce genre de travaux. Aussi, certains juristes ont conçu le projet d'écrire des ouvrages dont l'objet premier est la réflexion sur le droit. Par humilité et souci de se démarquer de la métaphysique, ils ont souvent préféré intituler leur livre : *Théorie générale du droit*. Dans cette optique, la théorie générale du droit n'est rien d'autre que la philosophie du droit vue par les juristes, et c'est en cela qu'il y a une forme de résistance. Perelman l'a très bien compris lorsqu'il se demande si « l'expression "théorie générale du droit" n'est pas une réaction contre la philosophie du droit conçue comme une philosophie appliquée au droit et non comme issue d'une réflexion sur le droit »⁶⁷. Il s'agit donc d'évacuer le terme philosophie du vocabulaire pour attribuer à la théorie générale les recherches qui incombent à la philosophie⁶⁸, et « faire de la philosophie du droit *incognito* »⁶⁹, mais de l'intérieur.

L'exemple de Paul Roubier est topique. Voici ce qu'il écrit en avant-propos de sa *Théorie générale du droit* : « Bien que la plupart des matières traitées dans ce livre soient étudiées en général dans les ouvrages dits de "philosophie du droit", on a préféré ne pas donner un tel titre à cet ouvrage. La raison en est qu'au jugement des juristes eux-mêmes, la philosophie du droit fait partie de la philosophie ; et dès lors doit demeurer le domaine des philosophes. [...] En d'autres termes, ce livre n'est pas l'œuvre d'un philosophe, il est l'œuvre d'un juriste ». Il est clair que, pour l'auteur, la philosophie du droit et la théorie générale du droit ont le même objet, seul l'angle de vue diverge. C'est uniquement parce qu'il est convaincu de la séparation étanche des domaines du savoir, qu'il refuse d'intituler son livre *Philosophie du droit*. Le sous-titre qu'il a choisi est, à cet égard, révélateur : « *Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales* ». Il n'est donc pas surprenant que Roubier critique Kelsen dans son entreprise insoutenable de construire un système purement technique, en dehors de tout fondement politique⁷⁰. La démarche de Jean Dabin est similaire lorsqu'il justifie l'intitulé de son ouvrage⁷¹. Il reconnaît volontiers que « chercher à pénétrer la nature du droit positif est travail philosophique ». Mais il souligne que, dans les livres consacrés à la philosophie du droit, « on trouve beaucoup plus de philosophie que de droit » et doute de l'utilité de ce type d'ouvrage pour le juriste, alors que leurs auteurs, philosophes de formation, « n'ont probablement jamais ouvert un code, un recueil de jurisprudence ou un livre de droit ». Pour Dabin, comme pour Roubier, le choix de l'intitulé n'obéit qu'à des considérations pratiques et contingentes : « C'est pourquoi, à l'effet d'éviter que la philosophie du droit ne risque de perdre le contact avec son objet immédiat pour se dissoudre dans la philosophie pure, nous avons choisi, de préférence à l'intitulé

⁶⁷ In *Arch. phil. droit. préc.*, p. 146.

⁶⁸ J. Darbellay in *Arch. phil. droit. préc.*, p. 115.

⁶⁹ G. Del Vecchio in *Arch. phil. droit. préc.*, p. 117.

⁷⁰ Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 70. Cf. aussi *Arch. phil. droit.* 1962, préc., p. 150 : « la philosophie du droit sera toujours nécessaire pour maintenir cette idée qu'il y a, dans le droit, un élément moral qui ne peut être sacrifié ». C'est aussi l'opinion de Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd. 1949, n° 6.

⁷¹ Dabin, *op. cit.*, n° 7 et s.

“philosophie du droit”, qui est susceptible d’engendrer ces confusions, celle de “théorie générale du droit” ». Mais, l’auteur tient à préciser que, par ce choix, il n’entendait pas rejoindre le normativisme de la *Théorie pure du droit* de Kelsen, mais tenter « une exploration en profondeur, vraiment philosophique, du concept de droit ». Contrairement à Kelsen, Dabin ne conçoit pas la possibilité pour la science juridique d’occulter les valeurs : « une théorie générale du droit, vue sous l’angle philosophique, doit être capable de rendre compte non seulement de l’élément formel ou normatif, mais du contenu du droit, d’autant plus que, en l’espèce, fond et forme ne sont pas sans réagir souvent l’un sur l’autre ». Roubier est du même avis : « le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs »⁷².

C’est au travers de la Théorie générale du droit que les juristes se sont réappropriés ce que les philosophes avaient revendiqué et qu’ils leur avaient inconsidérément abandonné. L’aspect positif a été une revitalisation indéniable de la pensée juridique. Mais il ne faut pas se cacher qu’il ne s’agit que d’un retour en trompe l’œil à l’état antérieur. La seule existence de la théorie générale, comme matière autonome, empêche un retour complet de la réflexion critique sur le droit dans les ouvrages techniques. En d’autres termes, la présence de la théorie du droit accrédite l’idée, pourtant fautive, que la technique se suffit à elle-même ou en tout cas, qu’elle peut, dans une perspective pratique ou utilitaire, se dispenser d’une démarche réflexive et axiologique. Puisque la théorie du droit est traitée dans des ouvrages *ad hoc*, par des auteurs spécialisés, il ne serait pas opportun de la mêler à l’étude du droit positif. Tout au plus lui consentons quelques pages ou quelques minutes dans les manuels et cours d’introduction au droit. Villey a beaucoup fustigé cette pseudo-philosophie des manuels de droit civil dont la dictature enfonce les lecteurs dans l’ignorance⁷³. Ces critiques, pour sévères qu’elles soient, ne sont pas dénuées de fondement. Il n’est pas satisfaisant de distiller quelques lueurs de philosophie du droit au début des études pour ensuite gaver les étudiants de techniques prétendument pures et de solutions apprêtées. Ainsi, la technique juridique et la théorie du droit vivent côte à côte en s’ignorant l’une l’autre, comme si la seconde n’avait aucune influence déterminante sur la première. C’est aussi le cas entre la philosophie du droit et la théorie du droit, que certains pensent pouvoir faire coexister sans interpénétration. En réalité, ce vœu se heurte à l’indivisible unité du droit

II. — L’UNITÉ DE LA MATIÈRE JURIDIQUE

La théorie du droit ne constitue qu’une réaction à l’encontre de la philosophie du droit, la naissance de l’une n’étant qu’une conséquence de la naissance de l’autre. On serait donc en présence de deux matières antinomiques, fonctionnant en vase clos. Contrairement à la philosophie du droit, la théorie du droit a la prétention de constituer une science positive du droit, c’est-à-dire neutre au plan axiologique et fondée sur la méthode empirique et descriptive. Mais, ainsi conçue cette science n’est qu’une chimère (A). Si l’on écarte l’illusion scientifique, ou plus exactement scientiste, on constate que,

⁷² Roubier, *op. cit.*, p. 317.

⁷³ *Réflexions sur la philosophie du droit, Les Carnets*, PUF, 1995, XIX, 6. Cf. aussi *Arch. phil. droit*, 1967, T. XII, p. 214.

dans la réalité, les valeurs sont inhérentes au droit, et donc à la science qui le choisit pour objet. En outre, une étude du droit qui se veut réaliste ne peut faire abstraction de la dimension active du savoir juridique. Celui-ci n'est pas destiné à la pure spéculation, il est tourné vers l'action. Refusant de nier la réalité, il est possible de concevoir une science pratique du droit (B).

A. — *Une science chimérique*

Prétendre séparer le droit de la philosophie, puis construire contre celle-ci une théorie générale ou pure du droit, aboutit à une chimère au lieu d'une science véritable. Les raisons en sont multiples. Pour simplifier, deux options peuvent être stigmatisées : suivre le mirage technique (1) ou partir en quête d'une impossible neutralité axiologique de la science juridique (2).

1. - Le mirage technique.

À la fin du XIX^e siècle, Gény proposait d'appliquer au droit la distinction philosophique du donné et du construit⁷⁴. Seul le donné, provenant de la nature des choses, est objet de connaissance. Le construit, quant à lui, est objet de volonté. La science connaît donc du premier, tandis qu'à la technique ressortit le second. Cette présentation est évidemment très proche de celle adoptée par Kelsen, sauf que pour le coryphée du normativisme tout le droit est un construit puisqu'il se réduit au droit posé par l'homme. Le positivisme légaliste est donc contraint de déplacer l'objet de la science juridique vers la technique. Virally l'a parfaitement compris qui souligne que pour Kelsen, le droit est une technique sociale⁷⁵. Mais cette vision relève du réductionnisme. Certes, le droit contient une dimension technique indéniable, mais ce n'est pas l'essentiel. Virally remarque que, dans les autres disciplines, la technique n'est pas l'objet de la science, mais seulement l'application. C'est donc une erreur que de réduire le droit « à n'être plus qu'un ensemble de procédés ou de procédures, de mécanismes, d'instruments »⁷⁶. Cette erreur persiste même si la théorie du droit tend vers la généralité en ne limitant pas son domaine d'étude à un système juridique particulier.

La théorie du droit, ainsi conçue, engendre l'inconvénient de créer une séparation artificielle entre la philosophie du droit des philosophes, qui n'est souvent qu'une philosophie sur le droit, et la philosophie du droit des juristes, surnommée théorie générale pour éviter la confusion des genres. Mais, en se coupant de la philosophie générale, le juriste qui réfléchit sur le droit rétrécit inopportunément son champ d'investigation. L'exclusion de toute métaphysique est aussi critiquable que l'abus de métaphysique. Par exemple, lorsque Ripert étudie les liens entre droit et morale, la référence à la philosophie d'Aristote aurait pu enrichir la réflexion et renforcer sa thèse.

⁷⁴ Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T.I, 1914, p.96 ; *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^e éd. 1919, T.II, n° 224 p. 410.

⁷⁵ M. Virally, *La pensée juridique*, Ed. Panthéon-Assas-LGDJ 1998 (1^{re} éd. 1960), p. XXV.

⁷⁶ Virally, *op. cit.*, p. XXVII.

De même, on ne peut sérieusement soutenir que le droit a pour finalité la justice, la sécurité ou l'utilité sans se référer aux travaux de Thomas d'Aquin, Hobbes et Bentham. Enfin, comment comprendre la notion de droit subjectif sans connaître la querelle des universaux, d'Occam et les théories du contrat social ? De manière générale, « on constate aujourd'hui que la philosophie du droit a perdu beaucoup de son ancien prestige ; il faut le regretter, car tout ordre juridique positif repose en définitive sur une représentation globale de l'homme et de la société, sur laquelle la philosophie seule peut nous renseigner »⁷⁷.

Mais c'est quant à la méthode que l'isolement des disciplines se fait le plus cruellement ressentir. Les ouvrages de théorie générale ont du mal à se départir de l'exposé dogmatique qui caractérise, hélas trop souvent, l'enseignement du droit. Écoutons la vive critique que Michel Villey adressait à la *Théorie générale* de Jean Dabin, dont il ne recommandait pas la lecture à cause de sa méthode : « elle est plutôt celle d'un juriste que d'un philosophe. La doctrine se déroule logique et autoritaire ; les solutions numérotées en paragraphe, s'imposent avec la certitude des articles du Code Civil ; peu de place pour une vraie discussion, mais toujours des décisions fermes »⁷⁸. Certes, Dabin a répondu qu'il assumait pleinement cette « philosophie de juriste » qui, selon lui, apporte au « droit juridique » (sic) plus de lumière que les philosophes du droit ne pouvaient en produire⁷⁹. Cependant, il ne faut pas oublier que « la vraie philosophie est toujours sortie du doute méthodique »⁸⁰, « cette pointe de diamant qui creuse toujours », selon le mot de Alain⁸¹. Or, la philosophie du droit gagne à ne pas se départir de cette méthode dialectique mise en œuvre par Socrate, dans ses dialogues, et théorisée par Aristote, dans ses *Topiques*. Après tout, la dialectique est une méthode commune aux philosophes et aux juristes, un point de convergence possible entre eux.

2. - L'impossible neutralité axiologique.⁸²

La théorie pure du droit est, en dépit des dénégations de Kelsen et de ses épigones, truffée de considérations philosophiques, le plus souvent présumées. Sous prétexte de décrire un objet pur, Kelsen les assène sous forme de postulats. Il en est ainsi de la distinction kantienne du *Sein* et du *Sollen* qui joue le rôle de prisme déformant la réalité et donnant l'illusion d'étudier un objet pur. N'en déplaise à ses thuriféraires, la pensée de Kelsen n'est pas neutre, mais militante. Au début, l'auteur l'avouait d'ailleurs incidemment : « la *Théorie pure* s'oppose de la façon la plus nette aux théoriciens qui renient la philosophie transcendantale de Kant et le positivisme juridique »⁸³. Or, en construisant

⁷⁷ M. Virally, *op. cit.*, p. XXIII.

⁷⁸ *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1957, p. 347.

⁷⁹ J. Dabin, « La définition du droit », in *Mélanges Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, T. I, p. 199 et 219. Voir la réplique de M. Villey in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 221.

⁸⁰ M. Villey, in *Arch. phil. droit*, 1962, préc., p. 85.

⁸¹ *Minerve*, 75.

⁸² Voir pour une approche particulière du problème : D. Lochak, « La neutralité impossible », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 293.

⁸³ Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, préc., p. 70.

son objet sur les principes de pureté et de neutralité, la science du droit prend le risque de ne pas traduire la réalité, ce qui pourtant est son objectif déclaré. On peut donc voir, dans la pensée kelsénienne, une contradiction résidant dans la volonté de décrire objectivement la réalité tout en plaquant sur celle-ci une philosophie *a priori*. P. Amselek a formulé une critique similaire à propos des principes d'absence de contradiction et de lacune dans l'ordre juridique, en lui reprochant d'être passé « de la théorie pure du droit à la théorie d'un droit pur »⁸⁴. Autre exemple, lorsque Kelsen affirme que le droit est partout et toujours un ordre de la conduite humaine, c'est-à-dire un « système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement »⁸⁵, il émet un jugement non seulement appréciatif, et non descriptif, mais en plus non conforme à la réalité⁸⁶. Plus généralement, Lenoble et Ost expliquent : « Là où Kelsen s'imagine décrire le droit tel qu'il est, il en opère en réalité une reconstruction que l'on pourra, en fonction de ses propres prémisses théoriques, qualifier de dénaturation de la réalité juridique »⁸⁷. Cette reconstruction arbitraire est rendue nécessaire par la prétention de décrire un objet pur qui, en réalité, ne l'est point.

Le système de Kelsen est, au surplus, infecté d'un paradoxe intrinsèque, que M. Troper, après d'autres, a mis en lumière⁸⁸. Ou bien, première branche de l'alternative, les normes sont des entités idéales, comme elles l'étaient pour Kant, et aucune science des normes n'est possible. En effet, selon Kant, la normativité est une Idée de la raison inaccessible à la raison pure pratique ; « la rationalité du normatif ne se laisse pas connaître (*erkennen*) mais seulement penser (*denken*) »⁸⁹. Plus juridiquement, M. Troper explique que si la norme n'est qu'une entité idéale et non un fait, il est impossible d'appliquer le principe de « vérité-correspondance ». En outre, il semble que Kelsen, au moins dans un premier temps, adopte une « conception hylétique des normes » (du grec *hylé* qui signifie matière, par opposition à une « conception expressive ») selon laquelle la norme est une prescription et non un fait empirique, un simple acte de volonté. Or, « les propositions de droit sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu »⁹⁰. Ainsi, une proposition de

⁸⁴ Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 1964, p. 184 ; « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*. 1978 n°1, p. 6 ; « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. droit*. 1983, p. 280.

⁸⁵ *Théorie pure du droit*, 2^e éd. préc., Tit. I, n° 6 a), p. 39.

⁸⁶ Des auteurs doutent que le droit soit un ordre (M. Miaille, « Désordre, droit et science », in *Théorie du droit et science*, dir. P. Amselek, PUF, 1994, p. 87) ou un système (C. Grzegorzczak, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », in *Arch. phil. droit*. 1986, p. 281 ; R.J. Vernengo, « Le droit est-il un système ? », in *Arch. phil. droit*, 1991, p. 253).

⁸⁷ Lenoble et Ost, *Droit, mythe et raison, Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles 1980, p. 506. Voir aussi M. Villey, *Philosophie du droit*, T.II, Précis Dalloz 1984, n° 217, p. 165.

⁸⁸ M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 310.

⁸⁹ S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 223. Pour Kant, la connaissance n'accède qu'aux objets sensibles. Sur ce point, Kelsen semble rompre avec la philosophie kantienne en prétendant élaborer une science des normes dont l'ambition est de connaître son objet, c'est-à-dire les normes.

⁹⁰ *Théorie pure du droit*, 2^e éd. préc., p. 79.

droit est vraie si elle est conforme à la norme qu'elle décrit, c'est-à-dire si elle exprime le contenu de celle-ci. Mais, « pour pouvoir dire qu'une norme a tel ou tel contenu, on doit l'interpréter et la comprendre »⁹¹, ce qui est incompatible avec la démarche scientifique qui postule la neutralité axiologique. Ou bien, seconde branche de l'alternative, la norme est un fait empirique, qui se réduit à l'acte de volonté de l'autorité qui la pose. Dans cette conception dite « expressive », les normes peuvent être l'objet d'une science pure de tout jugement de valeur. Toutefois, on n'est plus en présence d'une science du droit mais d'une science sociale. Pour résumer « ou bien la science du droit de Kelsen contient des évaluations et n'est pas une science ou bien elle est une science, mais pas une science juridique »⁹².

Pour sortir la science du droit de l'impasse, M. Troper propose de distinguer, s'inspirant vraisemblablement de la théorie de Alf Ross⁹³, deux types d'énoncés : les énoncés sur les normes en vigueur et ceux sur la norme applicable. Est dite en vigueur la norme dont la « signification est déterminée par une décision émanant d'une autorité capable de donner une interprétation authentique ». C'est précisément l'objet de la science du droit que de décrire les normes en vigueur. La norme applicable, quant à elle, est celle pour qui « l'acte dont elle est la signification n'a pas encore été interprété ». Cette norme applicable ne peut donc être décrite puisqu'elle n'existe pas encore ; elle est dans l'attente d'une interprétation authentique. Et c'est le rôle de la dogmatique juridique de « chercher à établir quelles sont les normes applicables ». Celle-ci est donc une activité normative qui occupe les praticiens entendus *lato sensu* (avocats, juges, doctrine). C'est *mutatis mutandis* ce que disait Kelsen : « l'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques »⁹⁴. Dans cette présentation, seule l'activité purement descriptive des normes en vigueur peut prétendre au statut de science. Les propositions émanant de cette activité peuvent être vérifiées, contrairement à celles émanant de la dogmatique, car elles sont neutres au plan axiologique.

Que penser d'un tel système ? L'idée qui vient immédiatement à l'esprit est que la science du droit est réduite à peu de chose ! Quel est l'intérêt de cette science dont le rôle se cantonne à la reproduction de l'interprétation authentique des normes, ou autrement dit des normes en vigueur ? Si peu d'intérêt que M. Troper a anticipé la critique en affectant deux tâches à la science du droit : énoncer des propositions de droit qui décrivent la somme des interprétations des lois et le processus d'interprétation. Mais le contre-feu est faible. En premier lieu, l'explication de M. Troper présente l'inconvénient de donner à l'expression dogmatique juridique un sens nouveau et inhabituel. En effet, généralement, la dogmatique juridique est définie comme « le

⁹¹ V. Petev, *op. cit.*, p. 245, qui se réfère aux travaux de O. Weinberger. R. Guastini, « Interprétation et description des normes », in *Interprétation et droit*, dir. P. Amssek, Bruylant-PUAM, 1995, p. 95.

⁹² M. Troper, *op. cit.*, p. 314.

⁹³ A. Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958 ; *Directives and Norms*, Londres 1968. Voir aussi la distinction entre énoncé législatif et norme, celle-ci désignant le sens attribué par un interprète à un énoncé législatif, R. Guastini, « Interprétation et description des normes », in *Interprétation et droit*, préc., p. 94.

⁹⁴ *Théorie pure du droit*, 2^e éd. préc., p. 342.

domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques »⁹⁵. Ce sens général paraît d'ailleurs conforme au sens originel du terme dogmatique qui a été utilisé, pour la première fois semble-t-il, par Jhering en 1857, pour désigner l'étude objective (c'est-à-dire sans discussion de leur valeur) des normes juridiques, à l'instar de la dogmatique théologique qui traite des dogmes religieux⁹⁶. Sans compter que pour certains auteurs, la dogmatique juridique signifie le contraire de ce que propose M. Troper. C'est le cas, par exemple de F. Ost et M. Van de Kerchove pour qui la dogmatique, au sens strict, « consiste dans l'étude systématique d'un ordre juridique particulier », par opposition à la doctrine qui « exerce une fonction pratique de source complémentaire du droit »⁹⁷. Est-il judicieux de créer un nouveau cas de polysémie dans le langage juridique ?

En second lieu, la principale critique n'est pas d'ordre sémantique, mais fondamentale : elle concerne la science du droit. Cette critique est double. D'une part, on peut ne pas être séduit par la démarche stipulative selon laquelle c'est la volonté de construire une science du droit qui conduit à choisir un objet susceptible d'être décrit par cette science⁹⁸. Est-il possible d'admettre cette espèce de volontarisme méthodologique qui fait à ce point fi de la réalité ? Celle-ci témoigne que le droit n'est point uniquement un langage ou un discours, de sorte que la science du droit réduite à un métalangage, si elle est envisageable d'un point de vue stipulatif, confine à l'inanité. Le système proposé par Troper encourt donc la critique que Perelman adressait à celui de Kelsen : « pour constituer une science du droit tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être, il faut, me semble-t-il, renoncer au positivisme juridique, tel qu'il est conçu par Kelsen, pour se consacrer à une analyse détaillée du droit positif, tel qu'il se manifeste effectivement dans la vie individuelle et sociale, et plus particulièrement dans les cours et les tribunaux »⁹⁹. Il existe une réalité juridique qui ne peut être informée de façon stipulative pour satisfaire aux dogmes scientistes. Pour être crédible, la science du droit ne peut se permettre de l'ignorer.

D'autre part, même si l'on admet, pour les besoins du raisonnement, que la science du droit a pour objet la description des normes en vigueur, c'est-à-dire dont le contenu a reçu une interprétation authentique, on ne parvient pas à la neutralité axiologique tant recherchée. En effet, on ne voit pas pourquoi le résultat de l'interprétation authentique d'une loi, qui dans la pensée de M. Troper constitue la norme, serait moins sujet à interprétation que l'énoncé interprété. Il est naïf de croire qu'une règle de droit, une fois interprétée par le juge, est revêtue d'un sens clair et précis, qui ne souffre plus la discussion. La pluralité de significations, qui existe avant que la loi soit interprétée, persiste après. Il est vain de vouloir interrompre cette chaîne interprétative. Tout ce que l'on peut escompter c'est que l'interprétation authentique réduise le nombre des significations possibles ; quoiqu'à bien réfléchir cette réduction se révèle illusoire puisque l'énoncé de la décision peut être source de nouvelles ambiguïtés. Pourrait-on sauver le système en

⁹⁵ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.J. Arnaud et al., LGDJ, 2^e éd. 1993, V. *Dogmatique juridique*.

⁹⁶ G. Kalinowski, « Une théorie de la dogmatique juridique », *Arch. phil. droit* 1970, T. XV, p. 408.

⁹⁷ *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 43 et 44.

⁹⁸ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, préc., p. 39.

⁹⁹ Ch. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, 1968, p. 98.

affirmant que la science du droit a pour objet la description de la somme des interprétations possibles des décisions d'interprétation ? Cela paraît pour le moins délicat, car la chaîne est sans fin, les interprétations des décisions d'interprétation seront elles-mêmes susceptibles d'interprétation. Il n'y aurait pas de description utilisable du droit positif. Plus grave, si la décision d'interprétation authentique est équivoque, la science du droit ne pourra pas en rendre compte sans l'interpréter, ce qui ne peut se faire sans évaluation. Enfin, cette interprétation ne sera pas authentique, ce qui renvoie, dans le langage de M. Troper, au travail de la dogmatique juridique. La distinction entre science du droit et dogmatique juridique ne résiste donc pas à l'analyse.

Il est cependant possible de se tourner vers les théories réalistes du droit, et notamment le réalisme scandinave. Selon cette école, les normes ressortissent au domaine du fait. À la suite de Hägerström et Olivera, Alf Ross conçoit la science juridique comme purement empirique¹⁰⁰, ce qui a pour mérite de pousser la théorie du droit de Kelsen dans ses derniers retranchements en l'épurant de ses incohérences. Ainsi, partant du principe qu'il est impossible de décrire un *Sollen*, le réalisme scandinave ravale le droit au rang du *Sein*. Or, seul le fait est susceptible de connaissance, ce qui exclut que les valeurs puissent être connues. La science du droit se contente donc de l'étude empirique des normes telles que posées par l'autorité compétente, sans formuler de jugements de valeur. Expulser ces derniers du droit est la condition *sine qua non* pour accéder au statut de science. C'est d'ailleurs le cinquième postulat de définition du positivisme proposé par Hart : les jugements de valeur ne peuvent être défendus par des arguments rationnels ou des preuves. C'est ce que l'on appelle le « non-cognitivism éthique » qui n'est qu'un avatar matiné d'agnosie de la séparation du droit et de la morale inaugurée par Kant. À côté de la science juridique, dont les énoncés empiriques sont susceptibles de vérification, Ross est contraint d'admettre l'existence d'une dogmatique juridique qui, par une pratique politique, tend à influencer la production du droit. Dans le même ordre d'idées, il estime que les décisions du juge sont subordonnées à leur idéologie normative. Force est donc de constater un décalage sensible entre la réalité juridique et la science juridique, celle-ci ne traduisant pas celle-là, ce qui est gênant pour une théorie du droit qui se veut réaliste.

N. Bobbio¹⁰¹ a parfaitement exposé la contradiction dans laquelle se sont enfermés ceux qui prônent la neutralité descriptive de la science du droit. Pour la déceler, il se place au niveau de la méta-science du droit, c'est-à-dire la réflexion critique sur la science du droit. Il remarque alors que les juristes ont eu une propension à appliquer à leur travail des modèles provenant d'autres disciplines ou bien ont inventé de nouveaux modèles susceptibles de conférer à leur matière plus d'autorité et de rigueur, afin de l'élever au rang de science. « Dans la mesure où la méta-science du droit s'inspire d'un modèle scientifique et cherche à transformer le travail du juriste, elle ne s'occupe pas tant de ce que la science du droit est que de ce qu'elle doit être ». Inévitablement, la conscience que le juriste a de son travail est influencée par les modèles utilisés par la science du droit et qui sont subrepticement imposés par la méta-science ; du même coup, le travail lui-même sera lentement mais nécessairement déformé. Or, en affirmant que la

¹⁰⁰ R. Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 249.

¹⁰¹ *Essais de théorie du droit*, préc., p. 185.

science du droit a une fonction descriptive et un contenu axiologique neutre, on dit, en réalité, non pas ce qui est mais ce que la science du droit doit être selon un modèle de référence. Ainsi, à une science prétendument descriptive et réelle correspond une méta-science prescriptive et idéale. En termes plus abrupts, on peut en conclure que la science du droit est neutre et descriptive parce qu'elle doit être ainsi ; le droit est une science parce qu'il doit être une science. « Pour résumer la théorie kelsénienne de la science du droit en une formule à sensations, on pourrait dire qu'elle “prescrit de décrire” ; en d'autres termes, cela signifie qu'une science du droit “neutre” est obtenue au prix d'une méta-science “idéologisée” »¹⁰². Cette critique n'aurait qu'une portée esthétique, affectant la belle cohérence de l'édifice théorique, si la prescription de la méta-science imposant la neutralité axiologique du droit était conforme à la réalité, compatible avec le monde du droit tel qu'il existe. Mais tel n'est pas le cas. Ce constat est également valable pour le réalisme scandinave, et toutes les doctrines qui tentent de faire passer leur propre conception du droit pour la réalité. Le seul moyen de se départir de ce prisme déformant est de réintroduire les valeurs dans le droit, de reconnaître que la matière juridique est par essence axiologique¹⁰³. On peut ainsi parvenir à une science du droit qui, descendant des nuées, est ancrée dans la pratique.

B. — Une science pratique

Dans un sens strict, la science (*Epistémé*), chez Aristote, est la connaissance des choses qui ne peuvent être autrement qu'elles ne sont, de ce qui existe nécessairement¹⁰⁴. Le droit ne peut à l'évidence être compris dans cette catégorie. La sagesse théorique, quant à elle, se définit comme la connaissance de la vérité sur les principes, la plus achevée des formes du savoir¹⁰⁵. Là non plus, le droit ne peut être rangé. L'art étant cantonné à la production, à la fabrication, il ne reste plus que la prudence (*fronesiō*), ou sagesse pratique, qui ressortit au registre de l'agir. La prudence c'est la délibération, en vue de l'action, sur les choses contingentes, c'est-à-dire sur celles qui sont changeantes et possibles¹⁰⁶. C'est précisément le domaine de la législation et de la politique judiciaire¹⁰⁷. Pour Aristote, il est manifeste que la prudence n'est pas science¹⁰⁸, quoiqu'il utilise parfois le mot *fronesiō* comme synonyme de science de l'immuable, de sagesse (*sofia*), suivant en cela Platon (cf. le *Philèbe*)¹⁰⁹. C'est ce sens large, platonicien, que les stoïciens retiendront. Cicéron distingue encore *prudentia* (*quae est rerum expetendarum fugiendarumque scientia*) et *sapientia* (*quae rerum*

¹⁰² Bobbio, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰³ Voir : P. Dubouchet, *Trois essais pour une théorie générale du droit*, L'Hermès 1998, p. 27 et s. ; W. Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », in *Arch. phil. droit*, 1999, p. 303.

¹⁰⁴ *Éthique à Nicomaque*, VI, 3 1139 b 20.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, VI, 7 1141 a 16.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, VI, 5, 1140 a 32.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, VI, 8, 1141 b 34 et VI, 13, 1143 b 24 : « la prudence a sans doute pour objet les choses justes [...] ».

¹⁰⁸ *Op. cit.*, VI, 9, 1142 a 25.

¹⁰⁹ Sur ce point cf. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF « Quadrige », 1997, p. 8.

divinarum et humanarum scientia) dans son *De officiis* (I, 43, 153). Mais, malgré les apparences cette distinction n'a pas de fondement aristotélicien, Cicéron définissant la prudence et la sagesse par le mot science et confondant souvent le *prudens* et le *sapiens* (*De off.* I, 15-16, 19)¹¹⁰. La confusion ira, au fil des siècles, en s'accroissant, la *fronesiō* devenant la science des choses à faire et à ne pas faire¹¹¹. Rien d'étonnant, qu'au cours de cette évolution, la jurisprudence (qui n'est rien d'autre que la vertu de prudence appliquée au droit¹¹²) fut également qualifiée de science du juste et de l'injuste. L'héritage romain ne pouvant être occulté, force est de maintenir le terme science pour qualifier le droit, sauf à préciser qu'il s'agit d'un savoir tendu vers l'action : une science pratique (par opposition aux sciences spéculative et poétique¹¹³).

Cette science pratique du droit est-elle véritablement une science au sens moderne du terme, ou bien un excès de langage ? Ne vaudrait-il pas mieux dire qu'il s'agit d'un art ? Le problème posé est celui du statut scientifique de l'étude du droit (1). Peu important les mots, l'essentiel est de comprendre que, le droit étant une matière dialectique, son étude ne peut atteindre la certitude absolue. C'est par une réflexion sur la méthode de travail du juriste qu'il est possible de dénoncer la vanité du dogmatisme¹¹⁴ sans sombrer dans le scepticisme (2). Au final, il faudra s'interroger sur la pertinence de la séparation de l'étude du droit et de son objet.

1. – Qu'est-ce qu'une science ?

Il est temps que les juristes admettent la nécessité d'une réflexion critique sur la formation de l'esprit juridique. Cette réflexion, que Bobbio appelle méta-science, a un siècle de retard en ce qu'elle met en œuvre des modèles scientifiques auxquels les scientifiques eux-mêmes ont renoncé depuis le début du XX^e siècle. À cet égard, il est intéressant de s'arrêter sur la notion d'obstacle épistémologique conçue par G. Bachelard¹¹⁵. Il s'agit de faux concepts qui entravent de l'intérieur l'acte de connaissance. Il en est ainsi de la quête de l'unité et de l'utilisation de l'image verbale (métaphore). Certains d'entre eux se rencontrent dans le domaine juridique. Il suffit de penser aux principes de cohérence ou de pureté du droit, de rationalité du législateur, ou encore aux métaphores de la pyramide des normes et des sources du droit. Autant de vues idéales sur le droit, autant d'entraves à l'appréhension du phénomène juridique.

Plus topique encore est l'obstacle épistémologique du réalisme, ou de l'empirisme immédiat, qui consiste à prétendre que la connaissance s'induit directement de

¹¹⁰ P. Aubenque, *op. cit.*, p. 184.

¹¹¹ P. Aubenque, *op. cit.*, p. 33.

¹¹² Voir F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz 1991, p.85 et s.

¹¹³ *Topiques*, VI, 6, 145 a 15 ; *Métaphysique*, E, 1, 1025 b 20.

¹¹⁴ Ce terme n'est pas pris au sens aristotélicien, mais dans son sens courant et perverti de « tournure d'esprit qui consiste à affirmer ses doctrines avec autorité, et sans admettre qu'elles puissent avoir quelque chose d'imparfait ou d'erroné » (sens D de A. Lalande) ou d'attitude de celui qui « affirme avec intransigeance et souvent avec une autorité qu'il n'a pas » (sens A de P. Foulquié).

¹¹⁵ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938.

l'observation du réel. L'objet observé n'accède pas immédiatement à la connaissance humaine. Pour que cette accession se produise l'homme doit nécessairement et préalablement élaborer des théories. Pas de connaissance du réel sans construction intellectuelle. « L'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil »¹¹⁶. Ainsi, « le réalisme est [...] une métaphysique sans fécondité, puisqu'il arrête la recherche au lieu de la provoquer »¹¹⁷. Ce thème a été approfondi par Gadamer¹¹⁸ qui, continuant la voie tracée par Heidegger, a montré que la compréhension est un « cercle herméneutique » se formant par un va et vient entre le sujet et la chose à comprendre. Dans les sciences, il existe une pré-compréhension du sens qui guide l'interprétation et qui est influencée par la chose à comprendre. Il est d'ailleurs savoureux que Gadamer propose, comme modèle de l'interprétation véritable, l'herméneutique juridique et religieuse. C'est que les juristes ont conservé l'essentiel de la méthode interprétative, à savoir « l'appartenance de l'interprète à son texte ». En outre, dans cette conception, l'interprète n'est pas isolé du monde, mais ancré dans une tradition porteuse de sens. Comme l'a montré Villa, « la connaissance juridique constitue toujours une intervention sur le droit, une manière de reconstruire le champ de l'expérience juridique qui part inévitablement d'un schéma conceptuel implicitement ou explicitement prédéterminé »¹¹⁹.

Si l'interprétation juridique ne ressortit pas au domaine du langage descriptif, et que l'énoncé interprétatif n'est ni vrai ni faux¹²⁰, l'herméneutique juridique ne peut avoir le statut de science purement descriptive. Mais cela ne signifie pas que le droit ne puisse aspirer au prestigieux label scientifique. Tout dépend ce que l'on entend par science et quels sont les critères utilisés pour octroyer cette qualification. Karl Popper¹²¹ a proposé de caractériser le savoir scientifique empirique par le critère de la « *falsifiabilité* », c'est-à-dire par la possibilité de réfuter empiriquement une proposition. Une théorie n'est scientifique que si elle est falsifiable, que si elle est susceptible d'être invalidée par un test reproductible. Popper substitue donc le critère de falsifiabilité à celui de vérifiabilité prôné par l'empirisme du Cercle de Vienne. Ce nouveau critère d'identification de la science ouvre de belles perspectives pour la matière juridique¹²². La théorie du droit peut assumer son absence de neutralité tout en préservant son statut de science. Par exemple, l'interprétation d'une norme, sans être jamais certaine ou absolument vraie, participe de l'œuvre scientifique puisqu'elle est susceptible d'être réfutée.

¹¹⁶ G. Bachelard, *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁷ G. Bachelard, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁸ H. G. Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, 1976.

¹¹⁹ V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 290.

¹²⁰ Il faut en outre tenir compte des interactions qui existent entre le locuteur d'un énoncé et son destinataire : E. Pattaro, « Interprétation, systématisation et science juridique », in *Interprétation et droit*, préc., p. 108.

¹²¹ *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 ; *Conjectures et réfutations*, Payot, 1985.

¹²² Voir par ex. W. Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », in *Arch. phil. droit*, 1999, p. 303.

Une autre approche consiste à cantonner la science juridique à l'étude des aspects structurels et formels du droit. C'est la construction proposée par Bobbio¹²³. Les caractères structurels recouvrent le système des sources du droit et les rapports qu'elles entretiennent entre elles. L'analyse formelle du droit, quant à elle, revient à étudier le langage prescriptif du législateur. La dogmatique juridique, pour sa part, ne participe pas à l'entreprise scientifique que constitue la théorie du droit, car elle s'occupe du contenu normatif du droit. Mais il faut préciser que, dans la pensée de Bobbio, la philosophie du droit est composée de trois parties : la théorie du droit, la théorie de la justice et la théorie de la science juridique¹²⁴. Ces deux dernières branches permettent d'introduire une réflexion axiologique, voire critique, dans la matière juridique. Mieux, Bobbio avoue que les jugements de valeur interviennent à toutes les phases de la recherche du juriste¹²⁵. Il tient donc pour acquis « les deux résultats principaux de la phase actuelle de la méta-science descriptive : a) la science du droit, même dans les systèmes les plus fermés, opère des jugements de valeur ; b) la science du droit, même dans les systèmes les plus autoritaires, exerce une influence sur le développement du droit en vigueur »¹²⁶.

La position adoptée par Bobbio, tout en admettant le caractère scientifique du droit, évite le travers réductionniste consistant à ne s'intéresser qu'à la pure technique juridique, en prétendant bannir les jugements de valeur. D'ailleurs, poser comme postulat que le seul chemin pour accéder à la science est la neutralité axiologique, c'est aussi et nécessairement émettre un jugement de valeur qui privilégie la valeur de neutralité sur d'autres possibles, comme par exemple celle de justice. On ne peut s'empêcher de penser à l'objection formée par Aristote (*Protreptique*, fr.2) contre Isocrate, qui prétendait qu'il était inutile de philosopher : « s'il ne faut pas philosopher, il faut encore philosopher ». Il est possible de rapprocher cette conception de la science du droit de celle des post-positivistes. Certes, ceux-ci, à la différence de Bobbio, identifient la science du droit à la dogmatique juridique. Mais, cette assimilation les conduit à rejeter le dogme du non-cognitivism axiologique. Ainsi Aarnio intègre dans la dogmatique juridique l'interprétation qui contient des valeurs et des appréciations. « La dogmatique juridique est essentiellement évaluative »¹²⁷. Elle n'en est pas moins une science selon le paradigme de Kuhn¹²⁸. Pour celui-ci les sciences se caractérisent par la matrice disciplinaire servant de cadre unissant la communauté scientifique. Finalement, on revient à une conception classique, voire antique (*scientia*), de la science entendue comme un savoir organisé, structuré. « On peut alors parler de science au sens large, au sens où est scientifique tout discours qui tend à la précision, la rigueur et la cohérence »¹²⁹.

¹²³ *Op. cit.*, préface de R. Guastini, p. 5.

¹²⁴ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., Voir *Philosophie du droit*.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 195. Voir aussi M. Virally, *La pensée juridique*, p. 31 et s.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 205.

¹²⁷ A. Aarnio, *Dogmatique juridique*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 189.

¹²⁸ T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, 1970.

¹²⁹ U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, Bruylant-LGDJ, 1996, p. 29.

En réalité, les mots importent peu. Le principal est de reconnaître que le discours juridique ne peut prétendre à la neutralité, sauf à le limiter, dans une perspective réductionniste, à l'étude de quelques éléments factuels, tels que la promulgation des lois ou la réalité des décisions judiciaires rendues. L'inutilité, voire l'impossibilité, d'une telle réduction n'est pas à prouver. La réflexion sur le droit, qu'on l'appelle philosophie ou théorie générale, n'est fructueuse que si elle s'intéresse au droit lui-même, pas seulement à sa forme ou à son langage, mais aussi et surtout à son contenu. Or l'étude et la réflexion sur le contenu du droit sont impossibles sans interprétation, sans jugement appréciatif. C'est ce que R. Dworkin a parfaitement compris : « si le droit est un concept interprétatif, il ne peut pas y avoir de description de la pratique juridique aussi peu utilitaire qu'elle se veuille, qui ne soit déjà engagée dans la voie d'une interprétation controversée »¹³⁰. Même si l'on ne cède pas à la tentation de réduire la science du droit à l'herméneutique, ce qui revient à identifier le droit à la norme, et qu'on prétende le trouver dans les faits, à l'instar de Bartole (*jus ex facto oritur*), on n'est pas pour autant débarrassé du problème posé par les valeurs. En effet, les valeurs ne sont pas des données *a priori* de la raison pure ; elles sont enserrées dans la réalité, ce sont des faits sociaux¹³¹.

F. Ost et M. Van de Kerchove ont montré, reprenant les distinctions de Hart, que le point de vue « radicalement externe »¹³² ne peut rendre véritablement compte de l'objet qu'il se propose d'étudier¹³³. Seule l'adoption du point de vue « simplement externe »¹³⁴, d'ordre explicatif et critique, parvient à atteindre cet objectif en ne réduisant pas l'objet de l'étude à une pure description¹³⁵. Même si cette dichotomie entre l'aspect interne et l'aspect externe du droit revêt aujourd'hui une importance exagérée en philosophie du droit¹³⁶, on peut retenir l'idée que le juriste qui réfléchit sur le droit est à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de sa matière : à l'intérieur en tant que technicien, à l'extérieur en tant que « penseur », c'est-à-dire personne ayant une pensée réflexive. Sachant que cette double position est indivisible : il n'existe guère de technique sans jugement de valeur, ni de distance réflexive sans connaissance technique. Toute la difficulté est alors de déterminer la marge de manœuvre du juriste dans son travail d'interprétation. Puisque la pure technique n'est qu'accessoire, puisque la neutralité axiologique n'est qu'une illusion, que reste-t-il du savoir juridique ? La

¹³⁰ R. Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 52.

¹³¹ C. Grzegorzczak, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, p. 115.

¹³² Pour Hart c'est la position d'un observateur qui ne se réfère aucunement au point de vue interne même pour savoir si les membres du groupe acceptent les règles, in *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, PFUSL, 1976, p. 114.

¹³³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁴ Pour Hart (*op. cit.*, p. 114) c'est la position de l'observateur qui peut « sans accepter lui-même les règles, affirmer que les membres du groupe les acceptent, et il peut ainsi se référer de l'extérieur à la manière dont ils les considèrent du point de vue interne ».

¹³⁵ F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 49 et 50. Pour Aulis Aarnio, le dogmaticien du droit se place d'un point de vue authentiquement interne (*Le rationnel comme raisonnable*, Storyscientia-LGDJ, 1992, p. 16).

¹³⁶ En effet, l'acte d'acceptation des règles, qui caractérise l'aspect interne, ainsi que l'auteur et les critères de cet acte sont susceptibles de plusieurs interprétations (cf. F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 320 et s.). Voir aussi la critique de N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 288 et s., cité in *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 229.

philosophie du droit conduit-elle au relativisme, au subjectivisme, à l'irrationalisme ou au scepticisme ? Doit-on nécessairement rejeter l'idée qu'une juste réponse puisse être apportée à un problème juridique particulier ? Pour répondre, il faut aborder la question de la certitude du droit.

2. - Entre dogmatisme et scepticisme.

Il ne fait pas de doute que l'abandon de la conception « *descriptiviste* » de la science juridique, et donc de son postulat de neutralité axiologique, entraîne des perturbations méthodologiques sensibles. J. Lenoble a parlé de « *mutation épistémologique* » sous l'influence du paradigme herméneutique¹³⁷. On pourrait même parler de véritable révolution, au sens premier du terme, de retour des choses à l'état initial où le droit avait pour fin la justice. En effet, le rejet de la conception descriptiviste du droit conduit à nier que la solution juridique puisse être déduite d'une application mécanique de la norme au cas particulier. Comme Hart l'a montré, certains auteurs sont des absolutistes déçus qui nient l'existence des règles de droit parce qu'ils ont pris conscience de l'irréalisme de la conception formaliste du droit¹³⁸. C'est en cela que le réalisme américain est essentiellement sceptique sur la nature des règles. Voici ce qu'en dit Llewellyn dans *The Bramble Bush* : « Ou bien les règles sont ce qu'elles seraient dans le paradis du formaliste et elles lient comme lient des chaînes ; ou bien, il n'existe pas de règles, mais seulement des décisions ou des types de comportement que l'on peut prédire »¹³⁹. Finalement, le réalisme participe, dans une certaine mesure, au non-cognitivism éthique et se caractérise par un scepticisme de principe, ce qui entrave sérieusement l'élaboration d'une philosophie du droit ou d'une théorie générale. Mais, Dworkin a utilisé contre les réalistes l'argument aristotélicien : dire qu'il n'y a pas de règle ni de « seule bonne réponse » (*one right answer*) revient à nier la thèse sceptique soutenue. La remarque de Hart est donc pertinente : « le formalisme et le scepticisme relatif à la nature des règles sont les Scylla et Charybde de la théorie juridique ; ils constituent de fortes exagérations, salutaires lorsqu'elles se corrigent mutuellement, et la vérité repose entre les deux »¹⁴⁰.

La critique, qui peut être adressée au réalisme, est l'inverse de celle adressée au formalisme : si celui-ci prétend que le juge, dans son office, ne fait qu'une application mécanique des normes¹⁴¹, celui-là soutient que le juge est détenteur d'un pouvoir arbi-

¹³⁷ J. Lenoble, « La théorie de la cohérence narrative du droit », *Arch. phil. droit.* 1988, T. 33, p. 124.

¹³⁸ Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 171 et 172.

¹³⁹ Cité par Hart, *op. cit.*, p. 172.

¹⁴⁰ Hart, *op. cit.*, p. 181.

¹⁴¹ Dans la *Théorie générale des normes* (p. 352 et s.), Kelsen n'admet pas qu'une inférence logique permet de passer de la norme générale à la norme individuelle. Mais s'il rejette le syllogisme normatif, il estime que le processus de subsomption et de correspondance sont des relations logiques. S'agissant des pouvoirs d'appréciation du juge par rapport à l'application de la norme générale, il semble que la pensée de Kelsen a connu une évolution. Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit* (p. 242), il soutient que le juge doit l'appliquer au cas qui lui est soumis, tandis que dans la *Théorie générale des normes* (p. 322), il envisage la possibilité d'un refus d'application. Précisons enfin que Kelsen, dans la dynamique du droit, envisage le [p. 17-32] J.-P. Chazal *Arch. phil. droit* 45 (2001)

traire, discrétionnaire, en ce qu'il n'est pas conditionné par les règles de droit en vigueur. Cependant, une critique est commune à ces deux mouvements de pensée : la pauvreté de la théorie juridique que leur vision du droit implique. Cette pauvreté apparaît notamment lorsqu'on envisage les problèmes posés par la résolution des cas difficiles (*hard cases*), qui a passionné la philosophie du droit nord américaine au XX^e siècle. À cette occasion, si la dimension essentiellement axiologique du droit est admise, on ne peut que suivre Dworkin qui souligne « ce fait crucial qu'au fond, les problèmes de philosophie du droit sont des problèmes de principe moral, et non de fait ou de stratégie juridique »¹⁴². Mais, cet aveu n'implique pas que la matière juridique est condamnée à la subjectivité, au scepticisme. M. Villey, parmi beaucoup d'autres, a montré que les valeurs se situent dans la réalité¹⁴³ : un grand cru de Bordeaux est objectivement meilleur qu'une côte du Forez ; un professeur de droit a plus d'autorité sur une question juridique qu'un étudiant de première année ; la musique de Mozart est plus belle que celle de Salieri ; l'esclavagisme est, dans notre société moderne, une injustice¹⁴⁴.

Entre dogmatisme et scepticisme il importe de choisir une voie médiane. On ne peut pas dire que la matière juridique se caractérise par une certitude absolue, mais on ne peut pas dire non plus qu'elle n'en contienne aucune. Le droit n'est pas d'une parfaite cohérence, mais il n'en est pas totalement dépourvu. On ne peut pas croire que la bonne décision est toujours découverte, mais on ne peut pas affirmer qu'elle ne le est jamais. Le juge n'applique pas toujours la règle de droit pour prononcer un jugement, mais il serait erroné d'affirmer qu'il ne la suit jamais. Ces constatations prouvent que ni le syllogisme démonstratif ni l'arbitraire du juge ne peuvent rendre compte de la méthode du juriste, que ce soit celle du juge ou de la doctrine. Si le théoricien du droit veut rendre compte du droit tel qu'il est, et non pas tel qu'il aimerait qu'il soit, il se doit de ne pas méconnaître la complexité de la réalité juridique sous prétexte qu'elle se prête difficilement à la modélisation, à la systématisation, que les faits ne se conforment pas aisément à ses postulats. Il doit aussi assumer pleinement la charge de valeurs gisant dans la réalité et dans le droit.

Le droit n'est pas une science démonstrative, au sens aristotélicien¹⁴⁵, pour la bonne raison qu'il ne contient pas de prémisses vraies et premières, mais seulement des opinions probables et contingentes. En outre, le droit relève de l'ordre de l'action et non de celui de la spéculation. Or la prudence, qui s'oppose à la fois à la science au sens strict et à l'art, est cette vertu intellectuelle qui permet de délibérer avec rectitude dans un monde contingent, c'est-à-dire où les choses peuvent être autrement que ce qu'elles sont. Thomas d'Aquin, en bon interprète d'Aristote, a fait de la dialectique la méthode de la prudence lorsqu'il faut procéder à partir de probabilités pour fonder une opinion¹⁴⁶. Lorsque, dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote entame son étude sur la nature de la justice, il prend soin de rappeler qu'il utilisera la même

pouvoir du juge de rendre une décision en l'absence de norme générale imposant une solution, et ce par une habilitation de l'ordre juridique (*Théorie pure du droit*, 2^e éd., p. 244).

¹⁴² R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 58.

¹⁴³ M. Villey, *Ontologie juridique*, in *Seize essais...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁴ R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 215.

¹⁴⁵ Aristote, *Les topiques*, I, 1, 100 a) et b).

¹⁴⁶ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, Q. 48.

méthode que pour les développements précédents, à savoir la dialectique inductive, seule méthode admissible pour les questions impliquant des considérations morales¹⁴⁷. Il s'agit de partir des opinions courantes et autorisées sur une question en les confrontant et les discutant. Ces opinions n'étant que probables, les conclusions obtenues par la méthode dialectique ne peuvent prétendre à la certitude d'une addition de nombres ; à chaque discipline son propre degré de certitude. Dans cette méthode, le principal est de bien poser le problème dès l'origine, « parce que chercher, sans poser d'abord le problème, c'est comme si l'on marchait sans savoir où l'on va »¹⁴⁸. C'est ce qu'Aristote dénomme la démarche aporétique, dont C. Atias s'est récemment servi pour caractériser la nature du droit¹⁴⁹.

Renouant avec la jurisprudence romaine, qui avait pour méthode de ne pas tirer le droit de la règle mais au contraire d'induire celle-ci du droit tel qu'il existe¹⁵⁰, le raisonnement du juriste ne part pas d'une norme pour, selon un syllogisme démonstratif, en déduire une solution. Ce qui n'implique pas l'inutilité de la règle de droit, comme le pensent les réalistes, celle-ci étant un outil de raisonnement et une économie de temps. Mais l'influence de cet outil n'est pas décisive. Ce n'est pas tant la *potestas* de la loi qui emporte la conviction, que son *auctoritas*. Par conséquent, elle n'est qu'un argument parmi d'autres pour rechercher la solution juste, la très décriée *one right answer* de R. Dworkin. Qu'il n'y ait aucune ambiguïté dans le propos : il n'est aucunement question de céder à la fiction de la solution unique, justement critiquée par Kelsen¹⁵¹. Il y a bien évidemment plusieurs solutions possibles à un problème de droit, aussi simple soit-il. Le nombre de solutions possibles est démultiplié en présence d'un cas difficile. Mais, cette pluralité, tout comme la diversité des opinions doctrinales, ne constitue pas un obstacle à la recherche de la solution juste. En effet, toutes les solutions proposées ne se valent pas ; certaines sont meilleures que d'autres. Le tri s'opère grâce à la discussion, à la controverse. La véritable entrave réside dans l'imperfection de l'homme qui empêche son entendement d'accéder pleinement à la vérité. Ainsi, la démarche du juriste, si elle s'inscrit résolument dans la réalité complexe, dans l'action, est tendue vers un idéal de justice, qui par définition n'est jamais atteint. Le jugement, l'opinion doctrinale, ne sont que des conclusions qui, par autorité, closent provisoirement la controverse, ou du moins tentent de le faire. Mais celle-ci ne demande qu'à renaître de la dialectique comme le feu de la braise. Cette phase de conclusion est cependant indispensable : en pratique elle résout le cas posé ; en théorie elle représente la solution la plus juste à laquelle son auteur est parvenu, dans l'attente d'être avantageusement dépassée.

Laissons le mot de la conclusion (provisoire) à Perelman : « c'est que pendant des siècles le droit s'est inspiré des sciences. On n'a pas tenu compte du fait qu'il est une activité pratique, et non pas une réflexion purement théorique »¹⁵². La « science du

¹⁴⁷ *Éthique à Nicomaque*, I, 2, 1095 a, 25 et I, 7, 1098 a, 20.

¹⁴⁸ Aristote, *Métaphysique*, Liv. B, 1, 995 a, 35.

¹⁴⁹ C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF « Thémis », 1999, p. 243.

¹⁵⁰ Paul, D. 50, 17, 1 : *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.*

¹⁵¹ *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 342. Cf. aussi, M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Thèse Aix-Marseille 1999.

¹⁵² C. Perelman, *Éthique et droit*, éd. Univ. Bruxelles, 1990, p. 633.

droit » ne peut se contenter de décrire les aspects formels et non problématiques de l'objet qu'elle se propose d'étudier, car la substance de celui-ci est aporétique¹⁵³. Après deux siècles de séparation plus ou moins nette, la philosophie est en passe de réintégrer la matière juridique, qu'elle n'aurait jamais dû quitter. Ainsi finira peut-être le combat épistémologique entre la philosophie du droit et la théorie générale du droit, faute de combattant, le droit s'étant réapproprié son bien, ou plus exactement sa finalité.

« Méphistophélès : *Mon bon ami, toute théorie est sèche, et l'arbre précieux de la vie est fleuri.* »
Goethe, *Faust*, scène du cabinet d'étude, trad. G. de Nerval

¹⁵³ C. Perelman, *op. cit.*, p. 500.
[p. 17-32]