



AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ  
ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-EN-PROVENCE

## LA CONFUSION DU DROIT ET DE LA « SCIENCE DU DROIT »

### *ÉTUDE CRITIQUE D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE*

#### THÈSE

Pour le doctorat en droit public  
Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2018 par  
Aristoménis KANELLOPOULOS

#### JURY

**Jean-Yves CHÉROT**

Professeur, Aix-Marseille Université, directeur

**Benoît FRYDMAN**

Professeur, Université libre de Bruxelles, rapporteur

**Michel TROPER**

Professeur émérite, Université Paris Nanterre, rapporteur

**Jean-François KERVÉGAN**

Professeur, Université Panthéon-Sorbonne, examinateur

**Christiane PEYRON-BONJAN**

Professeur, Aix-Marseille Université, examinatrice

**Frédéric ROUVIÈRE**

Professeur, Aix-Marseille Université, examinateur







*L'Université d'Aix-Marseille n'entend donner ni approbation ni réprobation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur*



## **Remerciements**

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à Laure, à Pierre, à Alexandre, à Adrienne, à Mélodie, à Clovis, à Oumel, à Géraldine, à Gwénaëlle et à Philippe pour leur écoute attentive, leur aide précieuse, leur soutien indéfectible et leur amour.

Je remercie le Laboratoire de théorie du droit pour son accueil, tout particulièrement Emmanuelle Pachter pour m'avoir sauvé tant de fois, et Frédéric Rouvière pour sa bienveillance et la richesse de ses conversations.

Enfin, j'exprime toute ma gratitude envers Jean-Yves Chérot pour sa patience, sa confiance et sa sagesse.



*À ma grand-mère, Hélène.*



## **Sommaire**

### **Partie I. Sémantique et « science du droit »**

Chapitre 1. L'école réaliste scandinave et le langage juridique

Chapitre 2 . La sémantique inférentialiste et les concepts juridiques

Chapitre 3. Le droit comme discipline et l'idée de science du droit

### **Partie II. Herméneutique et recherche en droit**

Chapitre 4. Fondements philosophiques pour une herméneutique de la recherche en droit

Chapitre 5. Engagement herméneutique et prétention à la scientificité

Chapitre 6. Liberté et reconnaissance de la recherche en droit



## **La confusion du droit et de la « science du droit »**

*Étude critique d'épistémologie juridique*



*« Ce que je veux faire ici, c'est  
fournir de la matière à penser  
et de la confusion. »<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> P. Feyerabend, *La tyrannie de la science* (1992), trad. de l'anglais par B. Jurdant, Seuil, coll. Science ouverte, 2014, p. 39.



## Introduction

**1. Opposition ou confusion.** - L'étude que nous présentons ici interroge le bien-fondé de l'opposition, désormais consacrée dans la philosophie du droit française, entre le droit et la science du droit<sup>2</sup>. Cette opposition est importante, car elle modèle une image fondamentale de ce que font les chercheurs en droit. Elle est problématique dans ses conséquences, en tant qu'elle occupe une fonction déontologique. Les chercheurs en droit, quand ils travaillent, *doivent* respecter l'opposition du droit et de la science du droit. À l'inverse, « une tendance à la confusion entre droit et science du droit » serait « peu rigoureuse », relèverait d'une « épistémologie "profil bas" »<sup>3</sup>. Nous le verrons, cette idée n'est pas une proposition *ad hoc* : elle est le fruit mûr de l'épistémologie juridique positiviste. Elle repose sur une conception de la science et une conception du droit qui ont été conçues de manière à pouvoir souligner leur profonde étrangeté l'une pour l'autre. D'un côté a été érigée une haute idée de la science, pure et exempte de toute forme de décision. De l'autre a été entretenue une conception du droit dégradé par la dimension politique de sa formation et le caractère contingent de son contenu. Dans ce cadre, la construction d'une science du droit a été présentée comme nécessaire, et il a semblé indispensable que celle-ci soit radicalement disjointe de la pratique juridique elle-même. L'opposition exclusive du droit et de la science du droit a été si efficace qu'il nous est désormais difficile de saisir l'épaisseur et la nécessité du lien entre la recherche en droit et la pratique juridique.

Discuter l'opposition du droit et de la science du droit c'est, d'une façon ou d'une autre, prendre le risque de défendre les confusions qu'elle condamne. Dans notre cas, il faut dissiper sur-le-champ une première ambiguïté : *La confusion du droit et de la « science du droit »* n'est pas la dénonciation d'une erreur. C'est, dans une formule polémique, la thèse positive que nous défendons.

---

<sup>2</sup> M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, pp. 27-43.

<sup>3</sup> A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 25.

## I. Premières interrogations sur la recherche en droit

**2. Les chercheurs en droit font-ils des découvertes ?** - Qu'est-ce que la *recherche en droit* ? L'expression suggère une communauté de savants instituée dans nos sociétés modernes. Cependant, et par comparaison avec d'autres pratiques intellectuelles institutionnalisées, son intérêt pourrait être difficile à saisir par celui qui en est étranger. La biologie moléculaire, la physique nucléaire ou les mathématiques appliquées sont des domaines *épistémiques* (de la connaissance) bien connus du grand public<sup>4</sup> : la science a ses musées et ses vulgarisateurs. Même sans comprendre les travaux qui sont à la pointe de ces disciplines, nous pouvons prétendre saisir par approximation ce qu'il y est fait et, mieux encore, ce à quoi ils servent. Grâce à ces sciences, nous portons un regard plus affûté sur le monde qui nous entoure. Surtout, nous bénéficions de nouveaux remèdes, de nouvelles machines, *etc.* : l'intérêt technique de la recherche scientifique éclipse très vite son intérêt contemplatif. De cette perspective, il devient curieux qu'il existe aussi, si toutefois nous nous en remettons aux titres académiques, des *enseignants-chercheurs* dont la spécialité est le droit<sup>5</sup>. Un profane doutera peu de l'intérêt social du volet pédagogique : les règles de notre système juridique doivent être inculquées aux futurs avocats, juges, notaires, administrateurs, agents de police, *etc.* Il est important pour eux de connaître les règles juridiques pour qu'ils puissent les appliquer. Mais si ce profane conçoit facilement l'intérêt de l'enseignement du droit, l'idée d'une recherche en droit pourra susciter chez lui de la surprise, peut-être même de la méfiance. Il remarquera avec justesse qu'on ne décerne aucun Prix Nobel pour la recherche en droit<sup>6</sup>. Ce scepticisme aurait de quoi être agaçant pour les plus susceptibles d'entre ceux qui ont embrassé cette vocation. De quoi croyez-vous que l'on remplit les bibliothèques de droit ? Il y a beaucoup de revues juridiques, des ouvrages majeurs et toujours davantage de thèses de doctorat. La recherche en droit a ses grands noms, ses controverses célèbres et ses anecdotes mémorables. Ne connaissez-vous pas Hans Kelsen, Jean Carbonnier et Ronald Dworkin<sup>7</sup> ? N'avez-vous jamais entendu parler de la querelle, en

---

<sup>4</sup> Et même, « peu doutent que les sociologues font ou produisent une recherche », F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in Th. Tanquerel et A. Flückiger (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2014, p. 117.

<sup>5</sup> Article 2 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984 « fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences ». Les professeurs des universités et les maîtres de conférences de droit n'échappent pas à cette règle générale.

<sup>6</sup> Notre profane ignore qu'il existe de nombreux prix de thèse en droit, décernés par les universités, par des institutions (la Cour de cassation, l'École nationale de la magistrature, le Sénat), des éditeurs (Lextenso), des fondations et des associations (la Fondation Varenne, l'Association française de droit constitutionnel). Les chercheurs en droit les plus éminents se distinguent également par des titres honorifiques attribués par des universités (*honoris causa*) et par l'édition de mélanges, de *Liber Amicorum*, et autres études offertes par leurs pairs lorsqu'ils achèvent leur carrière universitaire.

<sup>7</sup> Si l'on veut continuer cette liste (elle s'étendrait considérablement), voir P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français. XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, PUF, coll. Quadrige, 2015. Voir aussi Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, éd. Cujas, 1996, qui n'hésite pas à inclure des esprits plus amples comme Voltaire, Karl Marx et même Victor Hugo.

droit administratif, opposant l'école du service public à celle de la puissance publique ? Ne vous a-t-on jamais raconté l'histoire de Gaston Jèze qui a dit : « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », et à qui on a répondu : « moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition »<sup>8</sup> ?

Des questions pourraient toutefois nous revenir, et elles pourraient être gênantes. S'il existe des *chercheurs en droit*, que cherchent-ils ? Leur arrivent-ils de faire des découvertes ? N'y a-t-il pas dans les codes, les recueils de décisions et les bases de données numériques tout ce dont le juriste a besoin pour connaître son droit ? Quel genre de découverte pourrait-on faire en droit, et que ferions-nous d'elles ? De nouvelles lois, de nouveaux principes juridiques à appliquer, de nouvelles institutions à instituer ? Nous savons à quoi sert le droit<sup>9</sup>, mais savons-nous à quoi sert la recherche en droit ? Ces questions sont très naïves et il est difficile d'y trouver une réponse immédiate, claire et convaincante. Est-ce parce qu'elles sont des questions épistémologiques, « qui jalonnent [...] le chemin parcouru dans la constitution et le développement d'un savoir »<sup>10</sup>, ou est-ce tout simplement parce qu'elles sont mal posées ? En admettant que le terme de "découverte" soit inapproprié, l'essentiel de la question peut être reconstitué par d'autres interrogations : en quelles occasions un chercheur en droit pourrait-il éprouver le sentiment d'avoir réussi ? Quelles seraient ses avancées ? Quels sont les hauts-faits de la recherche en droit ? Pourrait-on assister à des scènes de liesse et de célébration dans les centres de recherche des facultés de droit, comparables à celles auxquelles les scientifiques s'adonnent parfois devant le résultat positif d'une de leurs expériences ?

---

<sup>8</sup> M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> édition. LexisNexis, coll. Manuel, 2006, p. 99.

<sup>9</sup> J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, coll. Folio essais, 2015 ; F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016.

<sup>10</sup> Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2002, p. 2.

Prenons l'exemple de ceux qui ont conçu et défendu les idées de contrat d'adhésion<sup>11</sup>, de préjudice écologique<sup>12</sup> ou de contrôle *a priori* de constitutionnalité<sup>13</sup>. Quand auraient-ils pu sabler le champagne ? La réponse pourrait être d'une grande simplicité. Ils ont chacun réussi lorsque le législateur français, dans sa réforme du Code civil, a reconnu le contrat d'adhésion comme un contrat spécial, emportant un régime juridique particulièrement protecteur des droits du consommateur<sup>14</sup> ; lorsqu'un tribunal a reconnu pour la première fois le préjudice écologique du fait d'une entreprise polluante<sup>15</sup> ; lorsque le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois s'est institutionnalisé par la création d'une Cour constitutionnelle, en Autriche puis dans les États alentour. Dans ce dernier cas, les travaux et l'implication personnelle de Kelsen semblent avoir remporté un franc succès. S'il existait un prix Nobel de la recherche en droit, on le lui aurait sans doute décerné sans hésitation. On l'aurait félicité pour cette contribution majeure à la formation du droit de sa communauté politique. On aurait reconnu l'importance de son travail pour la civilisation.

**3. Une étonnante déclaration.** - Mais si nous nous penchons sur la littérature qui traite la question de la recherche en droit, c'est-à-dire l'*épistémologie juridique*, nous pourrions être déçus. Les épistémologues qui se reconnaissent comme « positivistes » ne

---

<sup>11</sup> La paternité de cette idée est attribuable à Raymond Saleilles : « Il faudra bien, tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les divergences que les rapports sociaux ont fait surgir. Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire ; pour lesquels, en tout cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications ; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. C'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemin de fer, et de tous les contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la *Lex* que de l'accord des volontés », R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901, pp. 229-230, cité par F. Chénéde, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2<sup>e</sup> partie) », *Revue des contrats*, 2012, n° 3, p. 1018.

<sup>12</sup> À l'occasion d'un colloque organisé à la Cour de cassation, Laurent Neyret est venu dire qu'« à l'extension des pouvoirs de l'homme et de sa capacité de nuire à l'environnement devrait répondre une extension de sa responsabilité vis-à-vis de l'environnement. C'est à ce propos que certains évoquent l'idée d'une "responsabilité écologique" » L. Neyret, « La réparation aux atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *Recueil Dalloz*, no. 3, 2008, pp. 170-178. Du même auteur, L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, thèse, 2006.

<sup>13</sup> H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* (1931), trad. de l'allemand par S. Baume, éd. Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006.

<sup>14</sup> « Un siècle après sa découverte doctrinale, le contrat d'adhésion va faire son entrée dans le Code civil », affirmait François Chénéde, in « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *La semaine juridique, édition générale*, n° 27, 4 juillet 2016, p. 1334. Dans cet article, François Chénéde montre comment le régime juridique du contrat d'adhésion a été progressivement déterminé, depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle, par la jurisprudence de la Cour de cassation.

<sup>15</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 25 septembre 2012, n° 10-82.938 ; Cour de cassation, chambre criminelle, 22 mars 2016, n° 13-87.650 : « qu'en statuant ainsi, par des motifs pris de l'insuffisance ou de l'inadaptation du mode d'évaluation proposé par la LPO alors qu'il lui incombait de chiffrer, en recourant, si nécessaire, à une expertise, le préjudice écologique dont elle avait reconnu l'existence [...] la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

semblent pas partager notre enthousiasme. L'un des plus célèbres d'entre eux, Michel Troper, aura par exemple eu cette formule retentissante : « Le fait que dans le passé, ou même aujourd'hui, la science du droit a pu influencer sur le contenu du droit, parce que la doctrine préconisait certaines solutions au nom de la science et qu'elle était suivie, est simplement regrettable. Mais il signifie seulement qu'il ne s'agissait pas d'une véritable science du droit. Il faut donc construire cette science, et critiquer la doctrine actuelle, qui n'est qu'une simple idéologie »<sup>16</sup>. Beaucoup d'informations sont condensées dans ce qui pourrait paraître là comme une étonnante déclaration. Il importe, pour surmonter cet étonnement, d'en éclairer la signification.

**4. Brève esquisse de la doctrine juridique.** - L'auteur distingue soigneusement deux activités : la *science du droit* et la *doctrine juridique*<sup>17</sup>. Effectivement, « doctrine juridique » est le nom que les chercheurs en droit s'attribuent collectivement lorsqu'ils assument leur intention de convaincre les juges de décider dans un sens plutôt que dans un autre, c'est-à-dire, en somme, de les influencer<sup>18</sup>. Si, selon toutes ses exigences, un juge décide bien, la doctrine le félicite et tente de démontrer à ses lecteurs pourquoi il s'agissait d'une décision raisonnable. Elle systématise les décisions et les lois par des théories générales pour leur trouver une profonde cohérence, propriété logique indispensable à l'exigence de justice entre les justiciables<sup>19</sup>. Dans ce cadre, on lui reproche parfois d'être *dogmatique* et de forcer cette cohérence, certains auteurs refusant par principe de remettre en cause ce que décident, jour après jour, les autorités habilitées à décider. Dans d'autres cas, la doctrine peut se montrer plus *critique*. Alors, comme disait Rivero, elle mêle un peu d'épines dans la couronne de fleurs qu'elle s'était mise à tresser pour le juge<sup>20</sup>. Elle mettra en évidence qu'en une affaire ou de manière systématique, le juge n'a pas décidé comme il le fallait. Elle lui fera comprendre à quel point sa décision est contestable, voire scandaleuse. L'arrêt Perruche, rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 2000<sup>21</sup>, a suscité ce genre d'attitude. La Cour de cassation avait décidé qu'un enfant né handicapé par la faute d'un médecin (il n'avait pas détecté une lourde

<sup>16</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 33.

<sup>17</sup> Pour deux interprétations de cette distinction, voir J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, pp. 103-120 ; É. Picard, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit*, Mélanges en hommage à Roland Drago, Economica, 1996, pp. 119-171.

<sup>18</sup> Sur la doctrine juridique, voir Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004 ; CURAPP (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993 ; A. Sériaux, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, « Doctrine et recherche en droit », 1994, pp. 65-74.

<sup>19</sup> Ronald Dworkin parle d'*intégrité* en droit : « le principe de délibération de l'intégrité recommande au juge d'identifier droits et devoirs juridiques, autant que possible, en admettant qu'ils sont tous l'œuvre d'un créateur unique, la collectivité en personne, et qu'ils sont l'expression d'une conception cohérente de la justice et de l'équité » ; « Elle commande une cohérence de principe [...] dans toute l'étendue de la gamme de normes juridiques qu'applique à présent la collectivité », R. Dworkin, *L'empire du droit* (1986), trad. de l'anglais par E. Soubrenie, PUF, coll. Recherches politiques, 1994, p. 247 et 249.

<sup>20</sup> J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, chron. XXIII, 1951, p. 99.

<sup>21</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17 novembre 2000, n° 99-12.701.

pathologie à temps pour un avortement thérapeutique) pouvait se réclamer d'un droit à ne pas naître. Cette décision « a déclenché, au sein d'une partie de la doctrine juridique, une tempête de protestations d'une rare intensité »<sup>22</sup> : on pouvait certes reconnaître que les parents avaient subi un dommage et que l'établissement hospitalier, par la faute du médecin, devait en endosser la responsabilité, mais pouvait-on y voir un dommage pour l'enfant lui-même, sachant qu'il ne serait pas né sans cette erreur ? La logique de cette jurisprudence ne nous faisait-elle pas courir le risque d'eugénisme comme celui de voir, un jour, un enfant remporter un procès contre ses propres parents parce qu'ils lui ont donné l'occasion d'une vie douloureuse ? Beaucoup de chercheurs en droit s'étaient unis dans la contestation et le législateur français avait réagi en adoptant une loi dite « anti-Perruche », énonçant précisément que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance »<sup>23</sup>. Ce fut, là encore, un succès pour quelques chercheurs en droit, une victoire à célébrer.

En général, la doctrine juridique reste sobre, prudente et mesurée. Elle contextualise les nouvelles lois et décisions dans la grande histoire de la pensée juridique, expose les raisons qui ont conduit le juge vers sa solution, suggère parfois qu'une autre interprétation d'un texte était possible, conçoit par abstraction les principes sous-jacents d'une jurisprudence consacrée, imagine les cas difficiles sur lesquels celle-ci trouverait à s'appliquer, souligne les incohérences de certaines décisions entre elles et tente d'y porter remède, *etc.* Pour autant, s'il fallait tracer des limites à ce que la doctrine s'autorise à dire et à faire, on devrait sans doute s'en tenir à celles déterminées par les règles élémentaires de la courtoisie et de la bienséance. La doctrine, sans être le lieu de toutes les excentricités, ne se refuse presque rien. Certains auteurs se prononcent en *de lege feranda*, sur les lois qu'il faudrait adopter, prenant en général bien soin de distinguer ce genre de propos de ceux qui suivent une analyse *de lege lata*, à lois constantes. Ils se permettent alors de discuter des textes que les juges doivent appliquer, même si ces textes trônent au sommet de l'ordre juridique<sup>24</sup>. Dans une étude en droit international, Michel Virally note « la place exceptionnelle qu'occupe aujourd'hui la *lex ferenda* dans les travaux des organisations et des conférences internationales »<sup>25</sup>. Il reconnaît que, « si elles sont bien conduites, de telles recherches contribueront sans doute à introduire un peu plus de rationalité (et de sens des réalités) dans les discussions et négociations relatives au "droit nouveau" et à faciliter la découverte et la mise au point de solutions efficaces aux difficultés rencontrées dans ces débats, en tenant compte de façon équilibrée de

<sup>22</sup> Y. Thomas et O. Cayla, *Du droit à ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, coll. Le débat, 2002, p. 21.

<sup>23</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé prévoyait que « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Cet énoncé a été intégré en 2005 à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>24</sup> Par exemple, contre l'article 5 du Traité sur l'Union européenne, G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », *Common Market Law Review*, 2006, Vol. 43, n° 1, pp. 63-84.

<sup>25</sup> M. Virally, « À propos de la "lex ferenda" » in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, PUF, coll. Institut de hautes études internationales et du développement, 1990, p. 223.

tous les intérêts légitimes en présence (trop souvent et trop sommairement présentés comme inconciliables) et des valeurs qui s'imposent à la conscience du monde moderne »<sup>26</sup>. Les exemples de ce genre sont nombreux et ils sont parfois très spectaculaires. Récemment, Richard Falk, dont l'article est parvenu à se hisser jusque dans les pages électroniques d'un média grand public, a affirmé que « le droit pénal international doit être élargi aux crimes géopolitiques »<sup>27</sup>. Sans doute cet homme se réjouirait-il si la communauté internationale convenait avec lui que « Donald Trump, en se retirant de l'accord de Paris sur le changement climatique ou en révoquant l'accord sur le programme nucléaire iranien, a commis des crimes géopolitiques flagrants qui devraient être empêchés et sanctionnés »<sup>28</sup>.

Si nous nous en tenons à la doctrine juridique, nous reconnâtrons alors que la recherche en droit « est partie prenante au processus de production du droit »<sup>29</sup>. Dans cette configuration, elle semble occuper vis-à-vis du droit et des juges une fonction analogue à celle qu'occupe l'agronomie vis-à-vis de l'agriculture et des agriculteurs. Du haut de ses rationalisations, elle distribue les bons et les mauvais points, tente de penser les difficultés de la pratique, propose les solutions qu'elle estime les meilleures d'entre toutes, suggère des innovations. Et comme l'agriculteur peut protester contre l'agronome parce qu'il n'a pas conscience des réalités concrètes du terrain, le juge peut s'agacer des grandes constructions théoriques que la doctrine lui propose. Chenot, alors commissaire du gouvernement au Conseil d'État, s'est rendu célèbre en raillant les « faiseurs de systèmes », qui lui semblaient coupés des réalités mouvantes qu'il avait sans cesse sous les yeux<sup>30</sup>. Le reproche était de bonne guerre. Il s'inscrivait dans la querelle multi-millénaire entre les hommes d'action et les hommes d'idées, dont on trouve la première trace dans la légendaire moquerie contre le

---

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> R. Falk, « Crimes géopolitiques. Une proposition juridique préliminaire », version remaniée de son intervention du 22 mars 2018, à l'Université Queen Mary de Londres, lors de la conférence « Initiative internationale sur le crime d'État ». URL [consulté le 7/10/2018] : <https://blogs.mediapart.fr/aabbes/blog/040518/crimes-geopolitiques-une-proposition-juridique-preliminaire-selon-richard-falk>

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p. 105.

<sup>30</sup> « Le juge est ennemi de la chose en soi. Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier. [Il] s'attache moins à élaborer des concepts et des règles qu'à résoudre au jour le jour des problèmes dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit, et bien rarement les suit », B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 4, 1950, p. 77. Piqué au vif, Rivero lui avait offert une réponse cinglante, réclamant la reconnaissance d'une collaboration nécessaire entre le juge et la doctrine : « Au juge de dire le droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible », J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système » *op. cit.*, p. 99. Voir la réponse par B. Chenot, « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, vol. 3, n° 1, 1953, pp. 57-68. Pour une tentative de synthèse, voir M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Jean Dabin*, vol. 1, Bruylant, 1963, pp. 359-371.

malheureux Thalès, tombé dans un puits à force de contempler le ciel<sup>31</sup>, querelle dont Kant aura tenté de démêler les contradictions en étudiant le proverbe, toujours en circulation : « il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien »<sup>32</sup>.

**5. L'idée d'une science du droit.** - On saisit bien pourquoi les praticiens peuvent s'agacer des théoriciens et des leçons qu'ils reçoivent d'eux. Mais comment des philosophes du droit, pourtant passés maîtres dans l'art de la théorie et des abstractions, peuvent-ils reprocher à la doctrine juridique, non pas l'une des opinions qu'un de ses membres exprimerait, mais de procéder comme elle le fait, c'est-à-dire, en définitive, sa manière d'être ? Vu ses prises de position, vu sa participation effective et intentionnelle à la formation du droit, la doctrine ne semble pas être du goût de ceux attachés à l'idée d'une *science du droit*. Cette idée, qui ne cessera de paraître douteuse pour les profanes, a conduit les épistémologues positivistes à concevoir un ensemble théorique impressionnant par sa cohérence interne. Il importe d'en esquisser la structure et les principales implications.

## II. La théorie de l'opposition du droit et de la science du droit

**6. Le droit positif comme objet de la science du droit.** - La construction d'une science du droit est le projet épistémologique de la philosophie du droit positiviste telle qu'elle s'est développée en Europe au 20<sup>e</sup> siècle. Hans Kelsen<sup>33</sup>, Alf Ross<sup>34</sup>, Norberto Bobbio<sup>35</sup> et Michel Troper<sup>36</sup>, bien qu'ils aient pensé pour elle des principes sensiblement différents, tiennent tous cette idée pour fondamentale : il faut construire une *véritable* science du droit. « Dès le début de cette entreprise », confie Kelsen en préface à la *Théorie pure du droit*, « j'ai eu ce but présent à l'esprit : élever la science du droit, la "jurisprudence"<sup>37</sup>, qui – de façon

---

<sup>31</sup> « Exactement dans le sens où, dit-on, à Thalès qui, occupé à mesurer le cours des astres, Théodore, et regardant en l'air, était tombé dans un puits, une servante thrace fit cette plaisanterie, parfaitement dans la note et bien tournée : que dans son ardeur à savoir ce qu'il y a dans le ciel, il ignorait ce qu'il y avait devant lui, même à ses pieds. Et la même plaisanterie continue d'être bonne, pour tous ceux qui passent leur vie dans la quête du savoir », Platon, *Théétète*, trad. du grec ancien par M. Narcy, Flammarion, coll. GF, 1995, 174b, p. 206. Sur cette plaisanterie, voir H. Blumenberg, *Le Rire de la servante de Thrace. Une histoire des origines de la théorie* (1987), trad. de l'allemand par L. Cassagnau, L'Arche, 2000 ; O. Renaut, « Thalès dans le puits : quel lieu pour la philosophie ? », in F. Lecerclé et G. Navaud (dir.), *Anecdotes philosophiques et théologiques de l'Antiquité aux Lumières*, Classiques Garnier, coll. Rencontres, 2012, pp. 19-31.

<sup>32</sup> E. Kant, « Sur le lieu commun : il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien » (1793), in *Théorie et pratique*, trad. de l'allemand par F. Proust, Flammarion, coll. GF, 1994, pp. 45-103.

<sup>33</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> édition (1962), trad. de l'allemand par Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999. Voir aussi *Théorie générale des normes* (1976), trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. Léviathan, 1996.

<sup>34</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, 2<sup>e</sup> édition, 1959.

<sup>35</sup> N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998.

<sup>36</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit. ; *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001 ; *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. Léviathan, 2011.

<sup>37</sup> Jurisprudence signifie ici « recherche en droit », « pensée juridique » ou « philosophie du droit », mais pas comme on le conçoit aujourd'hui, en France, l'ensemble cohérent de décisions de justice. « Le mot

ouverte ou de façon dissimulée – se perdait presque complètement dans le raisonnement de politique juridique, au niveau et rang d’une véritable science [...] Il s’agissait pour cela de développer les tendances qui s’y rencontraient à poursuivre comme objectif uniquement la connaissance du droit [...] et de rapprocher les résultats de cette œuvre de connaissance de l’idéal de toute science, l’objectivité et l’exactitude »<sup>38</sup>. Plus près de nous, Michel Troper poursuit cette ambition. Il a affirmé ce à quoi Kelsen lui-même aurait sans doute acquiescé : « la science du droit ne peut être que radicalement distincte du droit lui-même, puisqu’elle le prend pour objet et se borne à le décrire »<sup>39</sup>. Si la seule bonne manière de connaître est la méthode scientifique et que la science décrit des objets, alors la séparation du droit et de la science du droit est un préliminaire essentiel et urgent pour une connaissance scientifique et objective du droit. Cette configuration épistémologique est fondée sur la structure qui oppose le sujet et l’objet, tirée de la philosophie scientifique<sup>40</sup>.

Le droit doit être conçu comme un *objet* pour que la connaissance du droit puisse prétendre à l’*objectivité*. « Pour se parer des plumes de la science », ironise Atias, « il fallait se donner un objet »<sup>41</sup>. Cet objet est ce qu’on appelle généralement le *droit positif*, quelle que soit la manière dont il est défini exactement. Les positivistes ont entretenu de nombreuses controverses sur le point de savoir quelle définition du droit positif satisfait au mieux leurs ambitions épistémologiques. On remarque, en dépit de nuances parfois importantes, un accord profond sur le principe hobbesien du droit : le droit est fondé sur l’autorité, et non sur la vérité ou la justice<sup>42</sup>. Le critère de l’autorité convient, d’une part parce qu’il est suffisamment tranchant pour tracer des contours précis au droit positif (il suffit simplement d’identifier ces autorités pour savoir ce qu’il faut entendre par droit positif), d’autre part parce qu’il permet de distinguer clairement le droit de l’activité de connaissance que l’on exerce sur lui. Mais insistons pour dire que c’est la nature d’*objet* qui est nécessaire pour

---

“jurisprudence” a subi une curieuse évolution. À Rome, il désignait la science du droit, science qui devait être empreinte de sagesse, de “prudence”. Aujourd’hui, en Europe continentale, il s’applique aux règles juridiques que l’on peut dégager des décisions des tribunaux. On parle en ce sens de la jurisprudence qui s’est formée sur tel ou tel article d’un code ou d’une loi », A. Tunc, entrée « Jurisprudence », in *Encyclopædia universalis* URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/jurisprudence>

<sup>38</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 3.

<sup>39</sup> M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 27.

<sup>40</sup> Voir notamment E. Kant, *Critique de la raison pure* (1787), trad. de l’allemand par A. J.-L. Delamarre, F. Marty et J. Barni, Gallimard, coll. Folio Essais, 1980.

<sup>41</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L’interrogation philosophique, 2015, p. 138.

<sup>42</sup> Traduit ainsi par Philippe Folliot : « Ce n’est donc pas cette *juris prudentia*, cette sagesse des juges subalternes, mais la raison de cet homme artificiel, la République et ses commandements, qui fait la loi », Th. Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (1651), t. 2 : *De la République*, trad. de l’anglais par Ph. Folliot, UCAQ, 2004, p. 91. Michel Villey impute à Hobbes « un extrême nominalisme, pour lequel les notions de juste et de droit ne sont rien que des termes, qui n’ont de sens que référés aux volontés et appétits des individus, seules réalités actuelles, ou comme produits d’une création arbitraire du prince ». Il le considère, pour cette raison, comme « le fondateur du positivisme juridique », M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadrige, 2013, p. 566 et p. 611.

penser la science du droit. Sur ce point, Scarpelli est allé jusqu'à imputer à Bobbio l'idée suivante : « il n'est pas question de faire une science du droit comme science du droit positif parce qu'il paraît intéressant d'étudier scientifiquement le droit positif et donc qu'on en fait une science mais, par contre, on fait une science du droit comme science du droit positif parce qu'il paraît intéressant de faire une science du droit et que, trouvant dans le droit positif l'objet qui la rend possible, on lui assigne justement cet objet »<sup>43</sup>.

**7. Une science du droit sans ambition scientifique.** - C'est pourquoi les positivistes protestent lorsque Michel Villey rappelle, en écho au jusnaturalisme classique, que « la science du droit classique romain se donne pour mission de dire, sur le mode de l'indicatif, ce qui est à X ou Y ; des rapports justes qu'elle découvre au sein de l'organisme social »<sup>44</sup>. Le droit, quand il est défini comme la détermination des rapports justes, n'offre plus les contours déterminés d'un objet. Il se présente lui-même comme une activité de connaissance, de découverte, de réflexion. Pour l'épistémologie juridique scientifique, il s'agit d'une « tendance peu rigoureuse à la confusion entre le droit et la science du droit »<sup>45</sup>. Ce serait un manque de rigueur car la pratique juridique n'est pas une activité scientifique. L'avocate qui plaide et la magistrate qui décide auraient beau être très érudites, elles ne sauraient *en tant que telles* se présenter comme des femmes de science, et leurs réalisations (conclusions, décisions de justice) comme des résultats scientifiques. La théorie positiviste de la science du droit rejette désormais fermement la perspective du scientisme, tendant à concevoir le droit *comme* une science<sup>46</sup>. Suivie jusqu'au bout, cette idée conduirait à espérer un gouvernement et un parlement scientifiques plutôt que démocratiques<sup>47</sup>, projet inacceptable pour sans doute beaucoup d'entre nous. Si la science du droit est une activité possible et un projet désirable,

<sup>43</sup> U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique* (1965), trad. de l'italien par C. Clavreul, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1996, p. 26. Scarpelli s'en détache peu après : « Je ne crois pas non plus que l'intérêt [du juspositivisme] pour le droit positif soit entièrement dû au fait qu'il est un objet nécessaire pour rendre possible une science du droit », *ibid.*, p. 27.

<sup>44</sup> M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, 1975, p. 97.

<sup>45</sup> A. Viala, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 25.

<sup>46</sup> Dans la perspective seulement où l'on envisage le scientisme comme un projet politique. Jürgen Habermas considère plus largement que « "scientisme" signifie croyance de la science en elle-même, c'est-à-dire conviction que nous ne pouvons pas plus longtemps concevoir la science comme *une* forme de toute connaissance possible, mais que nous devons identifier la connaissance à la science », J. Habermas, *Connaissance et intérêt* (1968), trad. de l'allemand par G. Cléménçon, Gallimard, coll. Tel, 1991, p. 37. Dans ce cadre, la théorie de la science du droit suit une perspective scientiste. Voir aussi Susan Haack, pour qui les six signes du scientisme sont : « (1) Faire usage des termes "science", "scientifique", "scientifiquement", comme des termes flatteurs et glorifiants ; (2) adopter les manières, les ornements, la terminologie technique, *etc.*, des sciences, sans égard pour leurs véritables fonctions ; (3) un souci prononcé pour la démarcation en traçant une ligne franche entre la science véritable et les impostures "pseudo-scientifiques" ; un souci du même genre pour identifier la "méthode scientifique", en supposant que c'est la seule raison pour laquelle les sciences ont fait des découvertes spectaculaires (5) Se référer aux sciences pour répondre à des questions au-delà de leur champ d'étude ; (6) Nier ou dénigrer la légitimité ou l'importance d'autres genres d'enquête (*inquiry*) que celles de la science, ou la valeur d'activités humaines autres que l'enquête, comme la poésie ou l'art », S. Haack, « Six Signs of Scientism », *Logos and Episteme*, Vol. 3, n° 1, 2011, pp. 78-79. Dans cette perspective, le positivisme juridique montre une tendance lourde au scientisme.

<sup>47</sup> Voir notamment E. Renan, *L'avenir de la science* (1890), Flammarion, coll. GF-Littérature, 2014.

elle doit se trouver hors du droit lui-même. Elle doit être exercée par celui qui s'en est méthodiquement extrait, parvenu à un « point de vue externe »<sup>48</sup>, à distance objectivante : « la science est distincte du droit et extérieure à lui »<sup>49</sup>.

**8. La métaéthique anticognitiviste.** - Dans ces conditions, on comprend mieux le reproche adressé à la doctrine juridique quand elle fait passer ses travaux pour des résultats scientifiques. Fondamentalement, il est le même que celui adressé à Villey quand il suggère que la détermination du juste constitue l'ambition de la science du droit elle-même. S'il fallait prendre la défense de Villey, nous dirions que le terme de "science", pour les classiques, n'avait pas la même signification que pour nous, les modernes<sup>50</sup>, et que Villey, précisément, comptait bien rester classique et considérer la justice comme un idéal vers lequel la raison, au sens large, peut se diriger. Cette conception du droit, qui demande à faire usage de sa prudence, de sa sagacité ou de sa raison pratique pour déterminer ce qui est juste, a notamment été défendue par Aristote<sup>51</sup>. Mais nous échouerions, semble-t-il, à convaincre les positivistes d'envisager ensemble le droit et la connaissance juridique.

À prendre la science, et en particulier les sciences de la nature, comme la « norme de référence »<sup>52</sup> pour tout exercice de la raison, on opère par contraste une importante dévaluation des pratiques intellectuelles manifestement non scientifiques. Puisque le droit n'est ni une pratique ni une œuvre scientifique<sup>53</sup>, il faudrait douter que l'on puisse, en toute rigueur, parler de connaissance ou de raison à son bénéfice : « Les positivistes considèrent une telle conception [celle de Villey] comme inacceptable, avant tout sur le fondement d'une métaéthique anticognitiviste : le juste et, en général, les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une connaissance, encore moins d'une connaissance "scientifique", quel que soit le sens que l'on donne à ce mot »<sup>54</sup>. Ce qui est contesté ici n'est pas simplement le caractère *scientifique* de la recherche du juste, c'est jusqu'à sa nature *épistémique*, ou *cognitive*. La justesse d'une solution juridique n'est pas déterminable par un « acte de connaissance ». Elle peut simplement être fixée, arbitrairement, par un « acte de volonté »<sup>55</sup>. En d'autres termes, ce qui est normatif ou

<sup>48</sup> É. Millard, « "Point de vue externe et science du droit" : un point de vue empiriste », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 59.

<sup>49</sup> M. Troper, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>50</sup> Depuis les Grecs jusqu'au 18<sup>e</sup> siècle, on tient la science et la philosophie pour équivalentes. « Ces deux mots sont synonymes », disait encore Diderot en 1750. L'évolution de la définition de "science" entre la première édition (1694) et la huitième (1932) du *Dictionnaire de l'Académie* est éloquente : nous passons de « Connaissance qu'on a de quelque chose. *Je sais cela de science certaine* » à « Système de connaissances rationnelles ou expérimentales sur un objet déterminé », P. Wagner, « Introduction », in P. Wagner (dir.), *Les philosophes et la science*, Gallimard, coll. Folio essais, 2002, p. 28.

<sup>51</sup> Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1994. Voir P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF, coll. Quadrige, 6<sup>e</sup> édition, 2014.

<sup>52</sup> R. Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, PUF, coll. Premier cycle, 1999, p. XII.

<sup>53</sup> Voir sur ce point P. Amselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, n° 39, 1997, pp. 337-342.

<sup>54</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, p. 31.

<sup>55</sup> Selon la terminologie kelsénienne consacrée, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 335-342.

qui prétend à la juridicité tient de préférences *subjectives* ou *idéologiques*, et il s'avère simplement que certaines d'entre elles parviennent à être sanctionnées par la force. Dans cette perspective, quelque chose comme « il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »<sup>56</sup> est, de la part des membres du Conseil constitutionnel, l'expression d'une émotion (irrationnelle) ou d'un calcul politique (intéressé), pas de leur raison ou de leur sagacité, et cet énoncé est juridique pour la seule raison qu'il est prononcé par un organe habilité à décider. Le droit, et de façon déterminante, c'est du pouvoir, pas du savoir<sup>57</sup>.

Une telle « métaéthique anticognitiviste » conteste ce que les acteurs visés, en général, prétendent faire. Les juges, par exemple, prétendent que ce qu'ils disent est *rationnel* ou *raisonnable*<sup>58</sup>. Les législateurs ne prétendent à rien d'autre<sup>59</sup>, et ceux qui témoignent leur accord ou leur désaccord envers l'une de leurs décisions prétendent que c'est en vertu des *raisons* qu'ils exposent. Ils n'admettent pas simplement faire état de leur propre volonté, de leurs émotions ou de leur idéologie. Cette métaéthique fait ainsi peser une suspicion sur l'honnêteté et la lucidité du juge et, plus largement encore, sur celles des juristes. Ils ne font pas ce qu'ils disent faire, qu'ils en aient conscience (manque d'honnêteté) ou non (manque de lucidité). « Ils ne font croire que parce qu'ils croient », disait Bourdieu, accusant alors les juristes d'être « les gardiens de l'hypocrisie collective »<sup>60</sup>. Dans cette perspective, le syllogisme juridique<sup>61</sup>, forme d'argumentation longtemps privilégiée en droit, pourra être

<sup>56</sup> Conseil constitutionnel, 6 juillet 2018, QPC n° 2018-717/718, *M. Cédric H. et autre ; Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger*, §8.

<sup>57</sup> Hobbes initie cette tradition, notamment dans son dernier ouvrage : « Que le droit ait été affiné par des hommes graves et savants, c'est-à-dire par des spécialistes du droit, est manifestement faux car toutes les lois d'Angleterre ont été faites par les rois d'Angleterre, en consultant la noblesse et les Communes en Parlement et, parmi leurs membres, pas un sur vingt n'était un juriste connaissant le droit », Th. Hobbes, *Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common laws d'Angleterre* (1681), trad. de l'anglais par Ph. Folliot, UQAC, 2009, p. 8.

<sup>58</sup> Voir par exemple les conclusions de l'avocat général J.-D. Combrexelle sur l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 3 décembre 1999, n° 197060, 197061, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, in *Revue française de droit administratif*, 2000, p. 579 : « Un des principes directeurs qui guide notre système juridique se réfère implicitement à l'exigence de rationalité. Chaque dossier a une solution logique et rationnelle qui suppose une connaissance optimale des éléments de fait et de droit de l'affaire. Tous les éléments de la procédure (...) tendent à organiser cette connaissance intime du dossier qui seule permet de dégager cette solution rationnelle ».

<sup>59</sup> « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance : ce sont des actes de justice, de sagesse et de raison », Portalis, *Rapport sur le divorce du 27 thermidor, An V*, cité par B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 227.

<sup>60</sup> P. Bourdieu, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991, p. 96. Pour une attitude équivalente, H. Zinn, « The Conspiracy of Law », in R. P. Wolff (dir.), *The Rule of Law*, Touchstone, 1971, pp. 15-36.

<sup>61</sup> Le syllogisme est une argumentation qui part de deux prémisses (une majeure et une mineure) pour conduire à une conclusion, dont l'exemple impérissable est : « Tous les hommes sont mortels, or Socrate est un homme donc Socrate est mortel ». En droit, la majeure revient à l'énoncé de la règle (Tous les citoyens majeurs ont le droit de voter), la mineure à la qualification juridique du cas (Paul est un citoyen majeur), pour une conclusion juridique (Paul a le droit de voter).

dénoncé comme la dissimulation devient en dernière instance la conséquence d'un choix arbitraire : « le droit est une affaire de pouvoir, non de raison. [...] Le syllogisme normatif donne [...] l'illusion d'une déduction mais il est en réalité un mode de justification d'une décision dont le processus apparaît bien plus complexe, alliant à la fois connaissance et volonté mais reposant, en dernier ressort, sur la volonté. C'est que sa fonction est bien davantage politique que juridique [...] Le modèle syllogistique de la décision judiciaire vise, en réalité, à garantir ou à préserver l'idéologie de la séparation des pouvoirs »<sup>62</sup>.

Dans ce cadre, la doctrine juridique, en prétendant à l'expression d'un *savoir*, suscite une suspicion du même genre. Par son air grave et savant, elle nourrit ce qui se révèle être une mystification. Elle fait croire que la façon dont le juge doit trancher est l'affaire de *connaisseurs*. L'influence de la doctrine sur les décisions de justice ou sur les lois constitue, par principe, une contradiction majeure à la séparation entre la science et l'objet. Elle contrarie l'analogie fondatrice avec les sciences de la nature voulant que, « de même que la physique décrit la matière et ne la produit pas, la science du droit ne produit pas le droit mais le décrit »<sup>63</sup>. S'ils aident la machine juridique à « produire le droit », ce ne peut être qu'en excédant les limites d'une activité potentiellement scientifique pour une activité politique ou morale.

**9. Neutralité axiologique et jugements de valeur.** – Au contraire, les chercheurs en droit doivent respecter le principe fondamental de la *neutralité axiologique*. Selon ce principe, un véritable scientifique s'abstient de tout jugement de valeur : « L'opinion commune est que le progrès du savoir scientifique dans l'âge moderne est dû à l'élimination de la conception finaliste de l'univers, qui conduisait à prononcer des jugements de valeur sur les faits naturels : même si, comme il a été répété un nombre de fois infini, cette suspension des jugements de valeur est plus difficile dans le monde des faits humains, il est cependant incontestable que la caractéristique de l'orientation scientifique de l'étude des faits humains est représentée, avant même l'usage de certaines techniques, par l'objectivité, entendue précisément comme une abstention de toute prise de position en face de la réalité observée, ou une neutralité éthique, ou selon la célèbre formule de Weber, une "*Wertfreiheit*" »<sup>64</sup>.

La connaissance scientifique doit correspondre à un extérieur phénoménal, à un objet, pour être vraie et objective. Or le jugement de valeur provient d'un sujet, non pas transcendantal mais individuel. Le sujet transcendantal est un sujet abstrait, il est celui que l'on trouve dans l'opposition majeure entre le sujet et l'objet. Il n'est personne en particulier,

---

<sup>62</sup> P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, pp. 216-217.

<sup>63</sup> M. Troper, « Normativisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. Quadriga, 2003, p. 1075.

<sup>64</sup> N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 25.

il est simplement le sujet connaissant anonyme conçu par les philosophes pour envisager la possibilité d'une connaissance objective. En retour, toute connaissance objective doit pouvoir être imputée au sujet transcendantal. Il est le « Je » du « Je pense donc je suis » de Descartes, idée qui peut être imputée à tous ceux qui font usage de la raison. Le sujet individuel, au contraire, est une personnalité authentique. Il a un nom, une adresse et une date de naissance. Il cultive des valeurs et des intérêts, des ambitions et des désirs, à la fois pour lui-même et pour sa communauté politique. Les jugements de valeur d'un chercheur en droit, quand il dit par exemple qu'il faut changer la loi parce qu'elle est inique, ne peuvent pas reposer entièrement sur les informations recueillies par observation de l'objet-droit. Ils ne peuvent pas être imputés au sujet transcendantal. Ces jugements de valeur (*subjectifs*) sont ainsi à distinguer des jugements de réalité (*objectifs*). Dans la perspective de la séparation du droit et de la science du droit, ils doivent également être distingués des jugements de valeur exprimés par les autorités juridiques. En effet, ces derniers sont consubstantiels à l'administration de la justice. Ils sont *internes* à l'objet-droit, de sorte que l'on peut dire qu'ils sont objectivés par l'esprit scientifique. Dans cette configuration, ils devraient pouvoir être observés et décrits de *l'extérieur* par la science du droit : « [...] il paraît dès lors évident que, pour une théorie empiriste du droit, la science du droit est séparée de son objet, et qu'elle constitue seulement un point de vue externe sur son objet. Plus précisément, la science du droit est un point de vue externe sur un point de vue interne, ou pour le dire autrement elle décrit de l'extérieur un point de vue qui est interne »<sup>65</sup>.

**10. Langage-objet et métalangage, discours-objet et métadiscours.** - L'idée que la science du droit puisse reprendre toutes les formes épistémologiques conçues pour les sciences de la nature se heurte cependant à un obstacle majeur, qui semble rendre plus difficile une séparation effective entre le droit et la science du droit : « à la différence du droit, la nature ne se manifeste pas dans des mots parlés et écrits »<sup>66</sup>. Alors qu'il est facile de distinguer la nature et les sciences de la nature, le droit prend forme linguistique dès qu'il s'instancie, comme n'importe quelle science. Ainsi le parfait novice, lorsqu'il ouvre un Code civil, ne saisit pas directement ce qui distingue les articles de loi des commentaires rédigés par un chercheur et intégrés par l'éditeur. À la lecture de conclusions d'avocats généraux bien documentés, il se demanderait sans doute longtemps s'il est en présence du droit ou de sa science. Le partage de la forme linguistique par le droit et la science du droit réclame des oppositions sémantiques : le discours juridique doit se distinguer du discours de la science du droit et le langage juridique du langage de la science du droit. Dans cette perspective, on concevra la science du droit comme un *métadiscours*, un *métalangage* sur un *discours-objet*, un *langage-objet* : « Le premier niveau de discours est celui du discours-objet, le droit. Les

<sup>65</sup> É. Millard, « Point de vue externe... », *op. cit.*, p. 59.

<sup>66</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 82.

normes qui le composent sont produites par des autorités qui exercent leurs compétences sous des formes diverses (production de loi, d'actes administratifs généraux ou individuels, d'arrêts...) et occupent des positions institutionnelles particulières : le parlement, l'administration centrale, déconcentrée ou décentralisée, la Cour de cassation, des tribunaux de première instance. [...] Le second niveau de discours est celui des discours portés sur le droit. La dénomination de "métadiscours" (c'est-à-dire d'un discours *sur* d'autres discours) est la façon la plus large et épistémologiquement neutre de les désigner »<sup>67</sup>.

On imagine facilement la distinction des langages et des discours lorsqu'on les conçoit par niveaux. La science du droit, *sur* son objet, est pour ainsi dire *au-dessus* du droit. Suivant cette distinction, l'analyse sémantique a attribué des caractéristiques sémantiques différentes au langage juridique et au langage de la science du droit. Le discours-objet est composé d'énoncés *prescriptifs*, qui expriment des normes, qui ne sont ni vraies ni fausses. La science du droit est composée d'énoncés *descriptifs*, qui expriment des propositions, qui sont soit vraies soit fausses : « les propositions sont susceptibles d'être vraies ou fausses, mais non les prescriptions. Cette qualité des propositions ne signifie pas que l'on sache toujours si elles sont vraies ou fausses, ni même qu'on ait l'espoir de le savoir, mais qu'elles peuvent logiquement être l'un ou l'autre. [...] Au contraire, les prescriptions ne peuvent être ni vraies ni fausses. [...] Il en résulte que, si une science est un ensemble de connaissances, c'est-à-dire un ensemble de propositions tenues pour vraies, et si le droit est bien un ensemble de prescriptions, le droit ne peut en aucune façon être une science »<sup>68</sup>. Les autorités juridiques prescrivent le droit-tel-qu'il-doit-être en le faisant, et la science du droit décrit le droit-tel-qu'il-est en l'observant.

**11. La loi de Hume et le sophisme naturaliste.** - La « loi de Hume »<sup>69</sup>, qui est une règle de logique interdisant de déduire un devoir-être (*ought*) d'un être (*is*)<sup>70</sup>, c'est-à-dire une

<sup>67</sup> V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 16.

<sup>68</sup> M. Troper, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>69</sup> « Dans tous les systèmes de moralité que j'ai rencontrés jusqu'ici, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède quelque temps de la manière ordinaire de raisonner, et établit l'existence d'un Dieu, ou fait des observations, concernant les affaires humaines ; quand soudain je suis étonné de trouver qu'au lieu de rencontrer les copules habituelles *est* et *n'est pas*, je ne trouve aucune proposition qui ne soit connectée avec des *doit* ou *ne doit pas*. Ce changement est imperceptible, mais a néanmoins de grandes conséquences. Car comme ce *doit* ou *ne doit pas* exprime quelque nouvelle relation ou affirmation, il est nécessaire que celle-ci soit observée et expliquée, et qu'en même temps une raison soit donnée pour ce qui semble tout à fait inconcevable, que cette relation puisse être une déduction d'autres qui en sont entièrement différentes. Mais comme les auteurs n'utilisent pas fréquemment cette précaution, je me permets de la recommander au lecteur, et je suis persuadé que cette petite attention fera succomber tous les systèmes vulgaires de moralité et nous fera voir que la distinction entre le vice et la vertu n'est pas fondée simplement sur la relation entre objets ni n'est perçue par la raison », D. Hume, *Traité de la nature humaine*, Livre III (1740), trad. de l'anglais par Ph. Folliot, UQAC, 2007, p. 16.

<sup>70</sup> Du type : « Il pleut dehors, donc *mets tes bottes* ! ». L'énoncé infère d'une description (il pleut dehors) un impératif (*mets tes bottes* !) et dissimule la règle implicite : « il faut mettre des bottes quand il pleut ». Les

prescription d'une proposition, pourra alors être invoquée. Si la science du droit décrit le droit tel qu'il *est*, on ne peut rien en tirer si l'on veut savoir ce que le juge *doit* décider. Cette règle permet de dénoncer comme *sophisme naturaliste*<sup>71</sup> la reprise par les autorités de théories scientifiques censées décrire le droit. C'est dans cette perspective que Michel Troper peut reprocher au Conseil constitutionnel d'instrumentaliser la théorie de la hiérarchie des normes, dont Kelsen est l'auteur historique, pour justifier la façon dont il devait se saisir de la constitutionnalité d'une loi. Si cette théorie *décrit* l'ordre juridique, il serait fallacieux d'en inférer une *règle*<sup>72</sup>. La malfaçon est peut-être regrettable, mais la recherche en droit, si elle est bel et bien scientifique, ne peut être tenue responsable des sophismes du juge et de l'usage qu'il pourrait faire de ce qu'elle affirme sur le droit : « [...] les normes juridiques sont posées par des hommes, qui expriment leurs idéologies. L'origine de ces idéologies est diverse et peut se trouver dans une représentation fautive de la science du droit et de ses propositions, comme elle peut se trouver dans une représentation de la biologie, sans que le statut scientifique de cette discipline soit pour autant contesté. Ce n'est pas la science elle-même qui est prescriptive. L'influence sur le droit ne vient même pas d'elle, mais seulement de la représentation qu'on s'en fait »<sup>73</sup>.

**12. Questions juridiques et questions de la science du droit.** - Cette séparation nette et bien formulée entre discours juridique et discours de la science du droit semble indiquer qu'en définitive, les scientifiques du droit et les juges ne parlent pas des mêmes choses, qu'ils se posent des questions essentiellement différentes. S'il s'agit pour un juge de déterminer si un État membre de l'Union européenne peut restreindre la navigation de jetskis sur ses lacs ou si cette réglementation constitue une entrave injustifiable à la libre

---

logiciens ont appelé *enthymème* cette prémisse manquante. Voir A. Boyer, « Cela va sans dire : éloge de l'enthymème », *Hermès*, n° 15, 1995, pp. 73-90.

<sup>71</sup> G. E. Moore, *Principia ethica* (1903), trad. de l'anglais par M. G. Gouverneur, PUF, coll. Philosophie morale, 1998.

<sup>72</sup> Dans cette perspective Michel Troper critique la formule consacrée du Conseil constitutionnel : « En raison des exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne, la conformité à la Constitution des règlements des assemblées parlementaires doit s'apprécier au regard tant de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des mesures législatives prises pour son application » (Conseil constitutionnel, 5 juillet 2018, DC n° 2018-767, *Résolution relative aux obligations déontologiques et à la prévention des conflits d'intérêts des sénateurs*). Sa critique est la suivante : « La hiérarchie des normes, dans le vocabulaire du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, devient aujourd'hui un principe. Le pauvre Kelsen devrait se retourner dans sa tombe : ce qu'il donnait comme description devient maintenant un principe et une norme. [...] Pourquoi sommes-nous ici en présence du sophisme jurnaturaliste ? Parce que si la théorie de la hiérarchie des normes est une théorie, elle est susceptible d'être vraie ou fautive et on ne peut pas en inférer une norme, un principe ou une prescription quelconque. On ne peut pas en inférer que les normes doivent être hiérarchisées et surtout pas que telle norme doit être contrôlée par rapport à telle autre. [...] C'est une violation flagrante de la loi de Hume », M. Troper, « Le sophisme naturaliste : péché épistocratique de la pensée juridique », in « Colloque Demain, l'épistocratie ? organisé par le CERCOP, 7-8 décembre 2017 partie 1/4 ». URL [consulté le 7/10/2018] : [www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv\\_Og](http://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv_Og), 1:22:00-1:24:30.

<sup>73</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, p. 34.

circulation des marchandises<sup>74</sup>, ceux qui étudient la décision de justice *ne doivent pas*, s'ils suivent une méthodologie scientifique, avoir en vue un problème juridique, car un tel problème pratique – quelle décision le juge doit-il prendre ? – suscite invariablement des énoncés normatifs. Les controverses entre chercheurs ne doivent pas se confondre avec les controverses entre juges ou entre avocats dans la mesure où les problèmes de la science du droit ne doivent pas se confondre avec les problèmes juridiques. Comme le dit Kelsen, « toute controverse juridique est une controverse politique »<sup>75</sup> et les scientifiques, en tant que tels, ne peuvent pas s'engager dans des controverses politiques : il faut distinguer la science du droit et la politique juridique. Il y a des problèmes pratiques, ceux du droit, et des problèmes théoriques, ceux de la science du droit. Si un chercheur en droit prétend à la scientificité quand il traite un problème juridique, alors il retombe dans les confusions du scientisme. Un chercheur en droit devra simplement décrire la façon dont ces cas sont effectivement traités par les juges, mais ne devra pas indiquer la façon dont ils doivent les résoudre.

**13. Concepts juridiques et concepts de la science du droit.** - Les chercheurs en droit, s'ils veulent accéder à la scientificité, doivent par conséquent s'émanciper du langage juridique. Le droit est leur objet, pas leur grammaire. Ils doivent employer des concepts scientifiques, bien distincts des concepts juridiques. Dans cette perspective, Michel Troper oppose la classe des *concepts juridiques* à celle des *concepts de la science du droit* : « Lorsque les auteurs traitent des concepts juridiques, ils raisonnent indifféremment sur les concepts du droit et sur ceux de la science ou de la théorie du droit. L'opposition du droit et de la science du droit est pourtant clairement marquée dans la démarche positiviste, mais celle-ci la fonde sur une distinction relative au statut modal des propositions. Dans cette perspective, le droit est composé de normes, qui sont les propositions prescriptives, tandis que la science du droit comporte seulement des propositions indicatives, dont l'objet est de décrire les normes. On souligne à juste titre que seules les secondes sont susceptibles d'être vraies ou fausses, mais on n'a pas prêté une attention suffisante au fait que le droit, d'une part, et la science ou la théorie du droit, de l'autre, emploient des concepts différents. À vrai dire, les auteurs présupposent parfois à tort qu'ils se confondent »<sup>76</sup>.

Michel Troper insiste avec cohérence sur l'imprudence qu'il y a à opposer le droit et la science du droit, puis à distinguer le langage du droit et le métalangage de la science du droit, sans reconnaître consécutivement la spécificité des concepts de la science du droit vis-à-vis des concepts juridiques. La distinction entre les concepts juridiques et les concepts de la

---

<sup>74</sup> Cour de justice de l'Union européenne, 4 juin 2009, C-142/05, *Mickelsson c/ Roos*.

<sup>75</sup> H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* (Qui doit être le gardien de la Constitution ?), *Die Justiz*, 1931, p. 30, réédité in H. Kelsen *Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, éd. Mohr Siebeck, 2008. Cité et traduit par C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 211.

<sup>76</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 256.

science du droit a donc été clairement posée : « Ils ne sont pas construits de la même manière, ils ne remplissent pas les mêmes fonctions et leur rapport aux faits est différent »<sup>77</sup>. Les concepts juridiques « ne permettent pas de décrire un fait » mais de synthétiser « un faisceau de droits et d'obligations »<sup>78</sup>. Leur fonction est prescriptive, normative. La science du droit doit construire des concepts spécifiques aux fins de « l'analyse du droit positif », qui doivent se systématiser en un « métalangage juridique »<sup>79</sup> et permettre la représentation du droit positif. Leur fonction est descriptive, propositionnelle. Les concepts de la science du droit se réfèrent à ce qui existe réellement, le droit positif qui, lui, ne se réfère à rien du tout, mais prescrit des conduites. Si l'on revient sur cette thèse, dit-il, « il devient difficile de distinguer une critique de la théorie juridique d'une critique du droit lui-même ou du discours des acteurs »<sup>80</sup>.

En effet, et à proprement parler, la critique scientifique du droit positif serait impensable dans les termes d'une opposition stricte entre la science et son objet : comment un scientifique pourrait-il critiquer l'objet qu'il est censé observer et décrire ? On rirait sans doute beaucoup d'un chimiste qui contesterait le comportement des molécules, comme d'un éthologue qui reprocherait à ses rats d'échouer aux tests qu'il leur impose. On les prendrait pour des fous s'ils soutenaient avoir raison *contre* les molécules, *contre* les rats. De la même manière, un scientifique du droit ne pourrait prétendre avoir raison *contre* le juge. Et « la science du droit », par construction, « se trouve dans une situation analogue à celle de n'importe quelle autre science, la chimie, l'anthropologie ou l'histoire, qui décrivent leur objet à l'aide de leurs propres concepts, soit parce que leur objet est matériel et ne comprend lui-même aucun concept, soit parce que ceux qu'il contient ne pourraient pas servir à une analyse menée d'un point de vue externe »<sup>81</sup>.

**14. Assise de l'opposition du droit et de la science du droit.** - L'opposition entre le droit et la science du droit est une thèse solide. Elle dispose d'une architecture théorique puissante, de thèses claires et distinctes. Le système est complet et, semble-t-il, sans porte de sortie, sauf à grossir les rangs désormais peu fréquentés des jusnaturalistes. Il est désormais possible de lire, dans un ouvrage récent de philosophie du droit, des témoignages significatifs de l'assurance intellectuelle dont elle dispose : « Du point de vue épistémologique, il convient de faire le départ entre une épistémologie qu'on pourrait qualifier d'idéaliste et une méthodologie dite empiriste. La première, peu exigeante, regroupe toutes les théories du droit qui n'hésitent pas, sous le sceau de la science, à ériger en standard objectif de vérité, un certain idéal de justice. On peut considérer ce type de démarche comme relevant d'une

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pp. 261-262.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 256-257.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 265.

épistémologie “profil bas” dans la mesure où elle dénote une tendance peu rigoureuse à la confusion entre droit et science du droit. Elle couvre, de façon générale, toutes les théories dites jusnaturalistes qui font passer pour “naturel” et vrai un certain idéal éthico-normatif. Inversement, le second type de posture, qu’on qualifiera d’épistémologie “profil haut”, se distingue par le respect de l’exigence de pureté et d’autonomie de la science du droit par rapport à l’objet “droit” qu’elle se refuse d’évaluer à l’aune d’un quelconque idéal axiologique. Il s’agit alors d’étudier le droit comme n’importe quel savant traite son objet, de façon impartiale et empirique. Dans cette attitude exigeante d’ascèse épistémologique, on reconnaît généralement les auteurs qui se réclament de la méthodologie positiviste »<sup>82</sup>.

### III. Une critique de l’opposition du droit et de la science du droit

**15. Une déontologie ascétique.** - L’opposition du droit et de la science du droit conduit ainsi à la formulation d’une déontologie, et celle-ci prend la forme d’une ascèse. En intimant son respect, l’épistémologie juridique positiviste se montre puissamment normative : « [...] la science du droit, en tant que science, *doit* se borner à connaître son objet, c’est-à-dire qu’elle ne *doit* pas chercher à le modifier, et qu’elle ne *doit* tenter de connaître que ce qui est connaissable »<sup>83</sup>. Cette normativité, en elle-même, n’est pas surprenante. En effet, « l’épistémologie se présente assez généralement comme plus volontiers prescriptive que la philosophie : elle veut indiquer ce que devrait être la connaissance pour être digne de ce nom, pour progresser en s’épurant »<sup>84</sup>. Son domaine d’application l’y inclinait peut-être par déformation professionnelle : l’épistémologie juridique semble avoir pris très au sérieux le rôle de Tribunal de la Raison attribué par Kant à l’épistémologie en général<sup>85</sup>.

Dans cette mesure, l’épistémologie juridique positiviste conseille aux chercheurs en droit de respecter un lot d’interdictions, de ne pas franchir certaines limites, de ne pas commettre certains péchés<sup>86</sup>. Selon elle, c’est faire preuve d’un manque de rigueur que d’enfreindre l’une des règles déduites de l’opposition du droit et de la science du droit. Dans

<sup>82</sup> A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>83</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, p. 35. Nous soulignons.

<sup>84</sup> Ch. Atias, *Épistémologie juridique*, *op. cit.* pp. 3-4.

<sup>85</sup> Kant dit répondre à « un appel adressé à la raison pour qu’elle prenne à nouveau en charge la plus difficile de toutes les tâches, celle de la connaissance de soi, et qu’elle institue un tribunal qui la garantisse en ses légitimes prétentions, mais tout en sachant en revanche éconduire ses présomptions sans fondements, non par des décisions autoritaires, mais en vertu de ses lois éternelles et immuables ; et ce tribunal n’est rien d’autre que la Critique de la raison pure elle-même. », E. Kant, « Préface à la première édition » (1781), in *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>86</sup> M. Troper, « Le sophisme naturaliste : péché épistocratique de la pensée juridique », in « Colloque Demain, l’épistocratie ? organisé par le CERCOP, 7-8 décembre 2017 partie 1/4 », 1:03:15-1:42:00, URL [consulté le 7/10/2018] : [www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv\\_Og](http://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv_Og). Cette intervention a été réintitulée par l’auteur « Le jusnaturalisme, philosophie spontanée des juristes » contre le titre qui lui avait été attribué par Alexandre Viala. Il concèdera cependant que « l’idée générale est la même ».

le même mouvement, une conception de la recherche en droit qui contesterait ce lot de règles serait une épistémologie elle-même peu rigoureuse. La déontologie ascétique de l'épistémologie juridique positiviste est, de l'aveu de ses défenseurs, difficile à tenir absolument. Toutefois, celui qui l'enfreint manifestement prêterait le flanc à une longue liste de reproches : violation de la loi de Hume, confusion des langages, jusnaturalisme, politique juridique, jugement de valeur, subjectivité inavouée, idéologie dissimulée, cognitivisme naïf, mystification. Les mots sont forts, et l'on ira jusqu'à parler d'escroquerie : « [...] comme il n'y a pas de connaissance de ce qui doit être, la doctrine qui prétendrait décrire un devoir-être objectif se rendrait coupable de la pire des escroqueries : faire passer ses propres désirs pour le produit d'une recherche scientifique »<sup>87</sup>.

**16. Une infraction généralisée.** - Une discussion critique de l'opposition du droit et de la science du droit s'impose pourtant, car le corps de règles qu'elle impose aux chercheurs en droit ne va pas de soi. La plupart des auteurs célèbres qui peuplent l'histoire de la pensée juridique le sont justement parce qu'ils ont été influents, parce qu'ils ont contribué de manière décisive à la détermination de la manière dont les juges doivent trancher les cas. Dans une étude consacrée aux « grands » juristes, Lauréline Fontaine note qu'à l'inverse, « dès lors que les professeurs de droit ne prétendent ni porter de jugements, ni faire autre chose que de donner d'un ensemble disparate d'énoncés une représentation cohérente, l'apport pour les autres juristes est évidemment assez faible, qui préféreront l'utilité des répertoires de jurisprudence, ordonnée et plus ou moins commentée »<sup>88</sup>. La doctrine juridique, comme cela a été souvent remarqué, enfreint massivement la déontologie positiviste, en intention comme en acte. Cela lui vaudra d'être mise en cause par l'épistémologie juridique positiviste, tandis que les juges eux-mêmes reconnaîtront que « l'analyse du commentateur de décision juridictionnelle [n'a] pas pour objet d'être seulement didactique mais [aussi de] nourrir le débat sur les orientations de la jurisprudence, qu'il s'agisse d'y adhérer ou de proposer des évolutions souhaitées »<sup>89</sup>. Plus encore, on en dira autant d'approches qui se sont successivement présentées comme relevant d'une méthodologie scientifique. Alain Supiot l'a remarqué : « Les différentes théories qui ont prétendu ou prétendent encore expliquer l'ordre juridique de l'extérieur font toujours en réalité partie de cet ordre. Les théories jusnaturalistes des hommes des Lumières ont participé de l'entreprise de codification. L'École sociologique du droit a participé à l'invention de l'État social. La théorie kelsenienne a fait partie intégrante de la vision pyramidale de l'ordre juridique qui inspirait l'organisation des États ou des entreprises industrielles de son temps. La théorie marxiste du droit et sa critique du formalisme juridique ont participé de l'édification du communisme comme réalité. La

<sup>87</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », *op. cit.*, p. 35.

<sup>88</sup> L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, coll. Forum, 2012, p. 174.

<sup>89</sup> Cour d'appel de Paris, n° 17/00854, 28 sept. 2017.

critique foucauldienne des rapports de domination véhiculés par le Droit et son appel à “la parfaite souveraineté de soi sur soi” participe de ce que Carbonnier appelait à la même époque la “pulvérisation du Droit en droits subjectifs”. La doctrine *Law and Economics* est explicitement normative et vise à accorder, avec l'efficacité politique que l'on sait, les lois positives à l'ordre spontané du marché »<sup>90</sup>.

Ainsi, nous remarquons un écart considérable entre la recherche en droit telle qu'elle s'exerce effectivement, et les principes déduits de l'opposition du droit et de la science du droit. Chacun des cas énumérés est un défi à l'opportunité de ces principes. Dans le cadre de la séparation du droit et de la science du droit, nous nous en sortirions par une alternative : ou bien ces travaux ne sont pas le fruit d'une véritable science du droit, mais d'idéologies qu'il faut dénoncer comme telles, ou bien ces travaux sont vraiment des travaux scientifiques et descriptifs, mais alors leurs auteurs ne peuvent être tenus responsables des sophismes que les autorités commettent quand elles en infèrent des prescriptions. Si cette alternative est cohérente, elle ne semble guère satisfaisante. À la première option, nous pouvons formuler une objection générale : n'est-ce-pas justement dans la perspective que leurs théories puissent servir à la pratique que les chercheurs en droit les conçoivent ? Quel intérêt, sinon, auraient les idées de la science du droit, si ce n'est prouver qu'il existe bel et bien une science du droit, et qu'elle sait être neutre, objective et exempte de tout reproche ? Il semblerait difficile de trouver un intérêt pratique à la science du droit sans enfreindre, à un moment où à un autre, les règles posées par la déontologie positiviste. La seconde option semble laver un peu trop opportunément la conscience des hommes d'idées, et elle se heurte à une exigence de réflexivité dont l'épistémologie devrait pourtant être l'architecte : ne doivent-ils pas, au contraire, prendre conscience que leurs travaux peuvent avoir une influence décisive sur le droit lui-même, et qu'ils en sont responsables ? Il semble que ces questions sont, par construction, étrangères aux principes inspirés par une séparation nette entre le droit et la science du droit.

**17. L'hypothèse herméneutique.** - L'épistémologie juridique positiviste tient à cette franche séparation car elle constitue l'application rigoureuse de la philosophie scientifique à la recherche en droit, et parce qu'elle semble dominée par une conviction profonde, que Jürgen Habermas considère être la conviction profonde du positivisme en général : « une connaissance légitime n'est possible que dans le régime des sciences expérimentales »<sup>91</sup>. C'est entraînée par cette idée qu'elle tient tant à emprunter et adapter pour la recherche en droit le dualisme sujet/objet par lequel la philosophie scientifique a conçu les conditions de possibilité de la connaissance objective.

---

<sup>90</sup> A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, n° 21, 13 juin 2013, p. 1421.

<sup>91</sup> J. Habermas, *Connaissance et intérêt*, *op. cit.*, p. 101.

Nous voulons soumettre à la réflexion l'hypothèse générale suivante : la séparation du droit et de la science du droit constitue, pour l'épistémologie juridique elle-même, un obstacle qu'il lui importe de surmonter. Nous présentons, pour contribuer à ce dépassement, un itinéraire argumentatif autour de l'idée que le « code épistémologique ferme »<sup>92</sup> de la philosophie scientifique, ainsi que le nomme Dworkin, peut et doit être dépassé. Ce code *peut* être dépassé dans le sens où nous devrions être capables d'appréhender la connaissance juridique autrement qu'en concevant la recherche en droit comme une science et le droit comme un objet à décrire. Ce code *doit* être dépassé dans la mesure où une conception scientifique de la connaissance juridique, adossée à une conception objectiviste du droit, conduit à imposer des règles préjudiciables à l'intérêt des chercheurs en droit et, partant, à l'intérêt de la communauté politique à laquelle ils appartiennent.

Émanciper l'épistémologie juridique de l'idée de science du droit séparée du droit lui-même est une opération longue et difficile. Nous l'avons vu, cette idée constitue le « noyau dur » de l'épistémologie positiviste, et elle est entourée d'une « ceinture de protection » théorique qui la défend contre toute éventuelle remise en cause<sup>93</sup>. La métaéthique anticognitiviste et les thèses analytiques que nous avons présentées (les distinctions logiques entre langage juridique et langage de la science du droit, entre description et prescription, normes et propositions, concepts juridiques et concepts de la science du droit) forment, liées entre elles, cette ceinture de protection. Il s'agira donc pour nous de revenir sur ces thèses auxiliaires et de contester le statut d'évidence et de clarté qu'elles offrent à la séparation radicale entre le droit et la science du droit (**partie I**).

Contre l'idée d'une science du droit, nous développerons l'hypothèse *herméneutique*, dont la philosophie de la connaissance repose sur le rapport sujet/sujet. Selon cette hypothèse, le droit est une *discussion* à laquelle il importe que les chercheurs en droit puissent participer aussi librement et aussi largement que possible. Dans cette perspective, l'idéalisation d'une science du droit peut au contraire inhiber la faculté des chercheurs en droit à proposer aux autorités des solutions inédites aux problèmes juridiques. Elle les dissuade d'adresser une critique engagée contre l'une des solutions adoptées par les

---

<sup>92</sup> Selon Dworkin : « Les explosions philosophiques de la fin de l'âge des Lumières mirent fin au long règne de [la morale chrétienne]. Les philosophes les plus influents insistèrent pour un *code épistémologique ferme*. Nous ne pouvons tenir nos croyances pour vraies, insistaient-ils, que si la meilleure explication de la raison pour laquelle nous avons ces croyances est le garant de leur vérité et cette explication ne peut y parvenir que si elle montre que ces croyances sont soit le résultat d'un raisonnement irréfutable, comme les mathématiques, soit l'effet de l'impact du monde naturel sur notre cerveau, comme les découvertes empiriques de ces sciences naturelles qui ne faisaient encore que naître mais dont les résultats étaient déjà stupéfiants », R. Dworkin, *Justice pour les hérissés* (2011), trad. de l'anglais par J. E. Jackson, Labor et fides, coll. Le champ éthique, 2015, p. 29.

<sup>93</sup> Voir, pour une telle conception des programmes de recherche, I. Lakatos, *Histoire et méthodologie des sciences : programme de recherche et reconstruction rationnelle* (1978), trad. de l'anglais par L. Giard, C. Malamoud et J.-F. Spitz, PUF, coll. Bibliothèque d'histoire des sciences, 1994.

autorités, alors qu'ils sont les plus compétents pour le faire. L'idéalisation d'une science du droit semble distordre la discussion juridique au bénéfice de ceux qui, en reprenant le vocabulaire que cette idéalisation suggère, tentent de faire croire à leurs lecteurs que leurs propositions sont les fruits d'une méthodologie plus respectable que d'autres. En ce sens, la conception scientifique de la recherche en droit encourage la dissimulation des convictions qui sont en jeu dans chacune des contributions de la recherche en droit. Nous suggérons à l'inverse que c'est la dissimulation seulement qui est regrettable, et non pas les convictions occultées. Il s'agirait, au contraire, de réclamer qu'elles soient rendues explicites afin qu'elles puissent, le cas échéant, être contestées. De la perspective herméneutique, la recherche en droit ressemble davantage à un *forum*, où chacun peut faire valoir ses convictions pour le droit et à l'attention des autorités, qu'à une « science du droit » anonyme derrière laquelle il serait possible de s'effacer en prétendant pouvoir parler en son nom. De la sorte, nous partageons avec l'épistémologie juridique positiviste le rejet du scientisme, mais nous lui proposons d'assumer ce rejet jusqu'au bout en abandonnant elle-même l'idée d'une science du droit. Par là, elle cesserait d'entretenir l'ambiguïté qui consiste à promouvoir, d'une main, l'idéal d'une science du droit en reprochant, de l'autre, aux chercheurs en droit de prétendre à une connaissance du droit de surplomb, objective et désengagée (**partie II**).



# I

## Sémantique et « science du droit »



« [...] Les juristes modernes sont en fait de puissants sorciers. Entre eux et les shamans tribaux, la principale différence est que les hommes de loi modernes racontent des histoires encore plus étranges. »<sup>94</sup>

L'épistémologie juridique positiviste a marqué la différence entre le droit et la science du droit, ce qui lui a permis de comprendre l'activité de la recherche en droit dans les formes du dualisme sujet/objet de la philosophie scientifique. Dans la mesure où, comme il a été vite remarqué, le droit n'est pas un objet matériel directement perceptibles par les sens, mais « des mots parlés et écrits »<sup>95</sup>, la séparation du droit et de la science du droit a dû être prolongée et approfondie par des thèses sémantiques qui attribuent au droit et à la science du droit des caractéristiques sémantiques à chaque fois distinctes. Ainsi, par exemple, on distingue communément le langage juridique du langage de la science du droit : le premier est *prescriptif*, le second est *descriptif*. Les énoncés juridiques expriment des *normes*, tandis que les énoncés de la science du droit expriment des *propositions*. Les uns ne sont ni vrais ni faux, les autres sont soit vrais soit faux. Le langage juridique se compose de concepts juridiques, qui permettent de synthétiser « un faisceau de droits et d'obligations »<sup>96</sup>, tandis que le langage de la science du droit, lui, contient des concepts qui « permettent de décrire un fait »<sup>97</sup>. Cette sémantique pourra être dite *différentielle* au sens où elle attribue des

---

<sup>94</sup> Y. N. Harari, *Sapiens : une brève histoire de l'humanité* (2011), trad. de l'anglais par P. E. Dauzat, Albin Michel, coll. Essais, 2015, p. 28.

<sup>95</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> édition (1962), trad. de l'allemand par H. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 82.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 261-262.

<sup>97</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 256.

caractéristiques opposées à chacun des deux langages. Elle vient au secours de l'idée de science du droit contre l'objection selon laquelle, parce que le droit s'instancie sous forme linguistique, alors les chercheurs en droit, en *parlant* du droit, *font* du droit.

On devra pourtant examiner de plus près la distinction entre « concepts juridiques » et « concepts de la science du droit ». Elle se déduit de façon cohérente du dualisme épistémologique, mais elle nous semble, en elle-même, difficile à concevoir. Les exemples présentés par Michel Troper et Hans Kelsen pour illustrer cette distinction pourraient manquer de nous convaincre. Selon eux, les concepts d'État, d'ordre juridique, d'autonomie de la volonté ou de personne juridique sont de bons exemples de concepts de la science du droit. On remarquera pourtant qu'ils sont employés par les juristes, notamment par les juges. Mais cela ne change rien à la nature scientifique de ces notions, dira Kelsen<sup>98</sup>. Selon Michel Troper, les scientifiques qui décrivent le phénomène juridique n'y peuvent rien si les autorités instrumentalisent leurs travaux et leurs idées<sup>99</sup>. Cette indifférence laisse paraître une puissante surdétermination de leur sémantique par l'opposition du droit et de la science du droit. L'idée selon laquelle les chercheurs en droit travaillent des concepts juridiques, et donc aussi des règles, des arguments et des théories *juridiques*, c'est-à-dire pour le droit, pour l'administration de la justice, semble la plus simple pour clarifier le statut sémantique desdits concepts, mais cette idée revient à abandonner l'idée d'une véritable science du droit.

Comment a-t-on pu soutenir l'opposition du droit et de la science du droit par le moyen de l'analyse sémantique ? Comment, en d'autres mots, s'est construite l'opposition abstraite entre le langage juridique et le langage de la science du droit ? Il nous faudra revenir sur les thèses de l'école réaliste scandinave, car ce sont les auteurs de ce mouvement qui, selon toute vraisemblance, ont consacré en premier la nécessité d'un langage autonome de celui du droit pour en faire l'étude la plus rigoureuse. Les termes juridiques sont, pour eux, privés de toute *référence empirique*, propriété nécessaire à la construction d'un langage scientifique digne de ce nom. Après avoir, dans un premier temps, insisté sur la défectuosité du langage juridique traditionnel, ils ont retenu l'idée, moins radicale, selon laquelle les concepts scientifiques se réfèrent à des faits, des choses ou des états de choses, quand les concepts juridiques, eux, montrent une propriété fort différente : ils font le lien entre des conditions juridiques et des conséquences juridiques (**Chapitre 1**).

Il s'avère pourtant que ces propriétés ne proviennent pas des concepts eux-mêmes, mais de l'analyse qu'on en fait. Ainsi, la sémantique référentialiste insiste sur la *référence* des expressions linguistiques, quand la sémantique inférentialiste donne la priorité à leur usage argumentatif, en tant qu'ils permettent de procéder à des *inférences*. En appliquant ces deux

---

<sup>98</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>99</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », *op. cit.*, p. 256.

explications sémantiques sur le langage juridique d'un côté et le langage scientifique de l'autre, nous n'expliquons pas la nécessité de l'opposition entre droit et science du droit. Au contraire, elle est présupposée, et nous faisons, d'après elle, deux poids deux mesures. Si nous résistons à cette pétition de principe, nous pouvons remarquer que la sémantique inférentialiste, censée être circonscrite au langage juridique, est une sémantique *générale* qui fournit un compte-rendu convaincant de ce qui fait d'une pratique une pratique *conceptuelle*, sans autre spécification. Dans ces conditions, l'analyse inférentialiste du langage juridique n'exhibe pas l'irréductible spécificité de la pratique juridique. Au contraire, elle met en valeur sa dimension conceptuelle. L'application de l'analyse sémantique inférentialiste au langage juridique aura eu du succès, car elle s'accorde bien à l'idée que la pratique juridique est une pratique normative. En effet, l'inférentialisme met clairement en valeur la dimension normative des pratiques conceptuelles : maîtriser un concept, c'est pour elle maîtriser les règles d'usage d'une expression linguistique, les conditions dans lesquelles on *peut* l'employer et les conséquences qu'il *faut* en tirer. Cette normativité sémantique n'est pourtant pas le propre du langage juridique, car elle la partage avec tous les ordres de langage, dont ceux qui accompagnent les pratiques scientifiques, quelles qu'elles soient, y compris donc l'éventuelle science du droit. Irait-on, dans la foulée, jusqu'à réduire la normativité juridique à sa normativité sémantique ? Ce serait sans doute attribuer une trop grande importance à la dimension linguistique et sémantique de la pratique juridique. Sans aller jusque là, l'idée selon laquelle le langage juridique est de nature *prescriptive* ou *normative*, et le langage scientifique de nature *descriptive* ou *propositionnelle*, semble bien trop sommaire et expéditive pour constituer une justification solide à une thèse aussi forte et radicale que celle de l'opposition du droit et de la science du droit (**Chapitre 2**).

La dimension conceptuelle-normative de la pratique juridique offre assez d'indices pour la concevoir comme une pratique *épistémique*, dont la maîtrise pourrait être suffisante à se dire savant ou connaisseur. Elle nous permet d'affirmer que le droit est une *discipline* épistémique, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'une discipline *scientifique*. En tant que telle, cette thèse cognitiviste ne contredit pas l'interprétation dualiste de la relation entre le droit et la recherche en droit, mais elle fait émerger la possibilité d'une interprétation moniste. Avec elle, les chercheurs en droit *font du droit*, parlent en droit et discutent de problèmes juridiques. Cette thèse présente l'avantage considérable d'être plus simple et plus économique que l'interprétation dualiste, au sens ockhamien où elle ne multiplie pas les entités sans raison. En outre, elle s'applique bien à la grande majorité de la recherche juridique, qu'on appelle *doctrine juridique*, et à ses opérations intellectuelles courantes : critique et justification des décisions de justice, proposition de nouvelles solutions, bref, tout ce qui lui vaut d'être accusée d'enfreindre les principes objectivistes de l'épistémologie juridique scientifique. Mais l'interprétation moniste, si l'on consent à quelques efforts, s'applique aussi bien aux méthodologies proposées par les théoriciens de la

science du droit. Elle nous incline à penser que Kelsen, par exemple, n'a rien proposé d'autre qu'une analyse radicalement *dogmatique* du discours des autorités juridiques, bien qu'il s'en soit lui-même écarté à de nombreuses reprises – ce qui lui a valu d'être un créateur d'idées nouvelles pour l'organisation de la justice constitutionnelle et internationale. Elle conduit à concevoir que la méthodologie de Ross, une fois passés quelques énoncés spectaculaires, propose une ouverture *interdisciplinaire* du droit à la psychologie et à la sociologie des organisations juridictionnelles. Pour comprendre et saisir l'importance de l'ouverture du droit aux sciences humaines, il faut concevoir le droit comme discipline. À l'inverse, l'idée d'une science du droit, autonome, neutre, désengagée et légitime dans sa prétention à la scientificité est facteur de redoutables confusions. L'idée de science du droit devient un obstacle épistémologique gênant l'épistémologie juridique elle-même dans son travail sur la fonction, l'importance et le perfectionnement de la recherche en droit (**Chapitre 3**).

## Chapitre 1

### L'école réaliste scandinave et le langage juridique

**18. L'école réaliste scandinave.** - L'opposition des concepts juridiques et des concepts scientifiques est une thèse dont on gagnerait à faire l'histoire. On remarquerait qu'en parallèle au célèbre Cercle de Vienne, assez peu intéressé par le droit et ses problèmes<sup>100</sup>, l'analyse sémantique des concepts juridiques et la démonstration de leur non-scientificité ont été menées par des auteurs qu'il est convenu aujourd'hui de réunir sous la bannière de *l'école réaliste scandinave*, mouvement dont l'actuelle *école réaliste française* revendique l'héritage intellectuel. Leur projet était, eux aussi, une science du droit empirique, conçue d'après le modèle des sciences de la nature. Ils ont, eux aussi, jugé indispensable l'élaboration d'un langage scientifique conformes aux principes empiristes.

Pour les réalistes scandinaves, la rigueur du langage scientifique recommande l'usage d'expressions linguistiques pourvues d'une référence à la réalité, or les expressions juridiques les plus fondamentales semblent en être dépourvues. Leur réduction *empiriste* de la connaissance (seule la connaissance empirique est une véritable connaissance) et leur conception *référentialiste* de la signification (la signification d'une expression linguistique est déterminée par sa référence empirique) les ont conduits à mener l'anticognitivism juridique jusqu'à son extrémité : les expressions juridiques sont vides de sens et ne dénotent que des *pseudo-concepts*. Ainsi, l'analytique scandinave conduit rapidement à une dévaluation spectaculaire du langage juridique (**section 1**). Cependant, et parce que les auteurs réalistes entendaient observer et décrire une pratique juridique largement linguistique, il leur fallait comprendre le langage des juristes, alors même qu'ils venaient d'en conclure à l'absurdité. Les expressions juridiques se sont alors révélées, bien que viciées d'un manque de signification, assorties de règles d'usage. En parallèle à cette reconnaissance, Alf Ross a, au moins pendant un temps, conservé l'idée que le langage juridique n'avait pas de sens. Les expressions juridiques sont des mots creux (*hollow words*), vides de signification, mais ils possèdent, malgré tout, une fonction pratique indispensable à l'activité juridique. Le mariage de ces deux thèses était embarrassant, et Alf Ross lui-même finira par nuancer la dévaluation initiale. Désormais, cette thèse radicale n'est plus franchement soutenue. Il en restera néanmoins l'idée selon laquelle les expressions scientifiques se réfèrent à la réalité, tandis

---

<sup>100</sup> Concernant les rapports ténus qu'entretenait le Cercle de Vienne avec Hans Kelsen, voir A. Brenner, « Le positivisme logique : le cas du Cercle de Vienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, n° 2, 2011, pp. 117-133.

que les concepts juridiques opèrent une fonction pratique, celle de relier des faits-conditions et des faits-conséquences (**section 2**).

## **Section 1 : L'épistémologie scientifique et la dévaluation du langage juridique**

**19. Hägerström, Lundstedt, Olivecrona.** - Magiques, creux, trompeurs : les qualificatifs méprisants attribués aux concepts juridiques par les réalistes scandinaves révèlent l'intensité de leur critique. D'où vient cette suspicion à l'égard des expressions juridiques, pourtant employées sans problème par les juristes ? La tendance des réalistes scandinaves à revendiquer la filiation intellectuelle avec Axel Hägerström nous incite à retourner jusqu'aux thèses de ce grand philosophe suédois. Karl Olivecrona témoigne : « L'influence de Hägerström est manifeste dans tout ce qui a été écrit en philosophie du droit dans mon pays depuis plusieurs décennies »<sup>101</sup>.

Hägerström initie la critique radicale du langage juridique. Il est semble-t-il le premier à démontrer que les « soi-disant » concepts juridiques ne se réfèrent pas à la réalité. Ils sont dits métaphysiques et, partant, impropres à toute démarche scientifique (§1). Vilhelm Lundstedt reconduira ses thèses dans des termes encore plus radicaux pour s'aventurer dans le projet révolutionnaire d'une refondation du droit lui-même, suscitant ainsi l'embarras de ses collègues (§2). Karl Olivecrona retournera à l'orthodoxie et fera la synthèse de la critique sémantique scandinave du droit (§3).

### **§1. L'initiative épistémologique d'Axel Hägerström**

Axel Hägerström (1868-1939), illustre professeur de philosophie à l'université d'Uppsala, est une figure vraiment étonnante de la philosophie moderne. Son influence a été considérable sur la philosophie juridique européenne, mais son nom se retrouve peu dans l'historiographie philosophique générale. Il a pourtant été remarqué, en son temps, par des penseurs de classe internationale, comme Alfred Ayer<sup>102</sup> ou Ernst Cassirer<sup>103</sup>, ce dernier lui

---

<sup>101</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt », *Scandinavian Studies in Law*, vol. 3, 1959, p. 142.

<sup>102</sup> A. J. Ayer, *Logical positivism*, Free Press, 1959, pp. 5-7. Il remarque que « Le mouvement de l'école réaliste d'Uppsala allait dans la même direction que le Cercle de Vienne », cité par Patricia Mindus, *A Real Mind. The Life and Work of Axel Hägerström*, Springer, 2009, p. 74.

<sup>103</sup> E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine* (1939), trad. J. Gaubert, Cerf, coll. Passages, 1996. Voir également J. Gaubert, « Le réalisme pratique en débat : la réception de la pensée d'Axel Hägerström par Ernst Cassirer », in Ph. Bouquet et

consacrant une étude très détaillée. Ses thèses montrent une profonde proximité avec celles défendues à Cambridge par Bertrand Russell et par le fameux Cercle de Vienne : « D'un point de vue strictement philosophique, il est essentiel de faire le rapprochement entre ce qu'il s'est passé à Uppsala et ce qu'il se passait, à la même période, en Angleterre et en Autriche. Uppsala était-elle la nouvelle Vienne ? La thèse est très courante et, dans une certaine mesure, elle est correcte. Hägerström et le groupe d'Uppsala ont partagé avec le Cercle de Vienne [...] la lutte contre la métaphysique, une foi inébranlable en la science, et le refus de la *Geisteswissenschaften*. À Vienne comme à Uppsala étaient réunis tous les ingrédients d'un scientisme militant, mélangé à un *pathos* social et une croyance en un progrès humain ; tous les éléments communs à un certain *esprit positif* qui était alors grandissant en Europe »<sup>104</sup>.

Sous l'impulsion d'Hägerström, Uppsala devient une des places fortes de la philosophie empiriste, résolument anti-métaphysique : « La métaphysique n'est rien d'autre qu'une compilation de mots parfois liés à des émotions »<sup>105</sup>, et anticognitivist vis-à-vis de l'éthique : « La détermination des valeurs ne peut pas correspondre à la réalité que la Raison a établi comme indépendante de l'existence de l'aptitude humaine à la connaissance parce que, pour avoir une signification spécifique, elles présupposent toujours un élément subjectif : l'émotion »<sup>106</sup>. La faible notoriété d'Hägerström suggérerait qu'il n'a été que le suiveur de la philosophie de son temps, mais la chronologie des parutions nous indique qu'il en a été, au contraire, le précurseur<sup>107</sup>. Quoi qu'il en soit, son œuvre pose les principes philosophiques fondamentaux de l'école réaliste scandinave (A). De ces principes, il dénoncera lui-même la nature métaphysique des expressions juridiques fondamentales (B), puis essaiera d'expliquer l'origine de ce caractère métaphysique (C).

---

P. Voilley (dir.), *Droit et littérature dans le contexte suédois. Colloque de Cerisy*, Flies France, 2000, pp. 31-48.

<sup>104</sup> P. Mindus, *A Real Mind...*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. xi.

<sup>106</sup> J. Hartnack, « Scandinavian Philosophy, I », in P. Edwards (dir.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, Macmillan, 1967, p. 295, cité par Patricia Mindus, *A Real Mind...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>107</sup> « En ces temps de "rébellion" généralisée contre l'idéalisme et la métaphysique, il y a eu un domaine spécifique sur lequel Uppsala était vraiment *l'avant-garde* [en français] : si l'on regarde la tradition de l'anticognitivism et de l'émotivisme en éthique, longtemps avant les fondamentaux du 20<sup>e</sup> siècle que sont *The Meaning of Meaning* d'Ogden et Richards de 1923, *Langage, vérité et logique* d'Alfred J. Ayer en 1936 ou *Facts and values* de Charles L. Stevenson en 1963, Hägerström a établi un record : *On the Truth of Moral Ideas* est écrit en 1911. », *ibid.*, p. 76. Voir les ouvrages cités : C. K. Ogden et I. A. Richards, *The Meaning of Meaning* (1923), Mariner Books, 1989 ; A. J. Ayer, *Langage, vérité et logique* (1936), trad. J. Ohana, Flammarion, coll. Bibliothèque de philosophie scientifique, 1956 ; Ch. L. Stevenson, *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis* (1936), Praeger, 1975 ; A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (1911), trad. du suédois par C. D. Broad, Almqvist & Wiksell, 1953. Voir, pour plus de détails, P. Mindus, « À l'origine du non-cognitivism moderne : Axel Hägerström », *Analisi e diritto*, vol. 1, 2008, pp.159-176.

## A. L'arrière-plan philosophique de l'école réaliste scandinave

**20. Réaction contre Boström.** - L'entreprise philosophique d'Hägerström a des allures réformatrices, voire révolutionnaires, car elle s'est engagée en réaction contre les spéculations idéalistes et hyper-subjectivistes de Christopher Boström (1797-1866)<sup>108</sup>. Jusqu'à l'irruption d'Hägerström, l'enseignement de Boström était, d'après Stig Strömholm, considérée comme la « philosophie officielle » de l'université d'Uppsala<sup>109</sup>. Boström réservait aux seules idées le statut de réel. Il semble qu'il défendait un subjectivisme très radical, opposant la réalité de l'esprit à la fictivité de la matière<sup>110</sup>. On relate souvent l'anecdote fameuse qu'à la question, posée à ses étudiants en guise d'examen : « dites-moi, Monsieur, si cette cheminée se trouve à l'intérieur ou à l'extérieur de vous-même ? », la bonne réponse était, pour Boström, « à l'intérieur de moi-même »<sup>111</sup>.

**21. Réfutation de l'idéalisme spéculatif.** - Hägerström était peu disposé à ces spéculations douteuses. Il leur oppose des objections sévères, dénonçant notamment la confusion qu'elles génèrent entre l'idée *en tant qu'objet* et l'idée *sur l'objet*<sup>112</sup>. Sur un plan épistémologique, l'assimilation de l'idée et de la chose gêne Hägerström dans la compréhension de la relation instituée entre la conscience et les choses. Elle rend inintelligible la question de savoir sur quoi porte la connaissance. En affirmant que « la conscience se rapporte nécessairement à des objets ; c'est une conscience de "quelque chose" »<sup>113</sup>, Hägerström réfute le primat de la conscience et de la perception sur les choses elles-mêmes, d'une manière d'ailleurs fort semblable à celle d'Edmund Husserl, son contemporain<sup>114</sup>. Ainsi, il renverse le subjectivisme de Boström pour accorder la priorité aux

<sup>108</sup> « (...) la lutte contre la métaphysique, et spécifiquement en droit, qui a été menée par Hägerström et, plus généralement, par les réalistes scandinaves et l'école d'Uppsala, a pu être considérée comme une réaction contre le "subjectivisme" de Boström, alors dominant », P. Mindus, *A Real Mind...*, *op. cit.* p. 19.

<sup>109</sup> S. Strömholm, « La philosophie du droit scandinave », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, n° 1, 1980, p. 7.

<sup>110</sup> L. B. Orfield, « A survey of scandinavian legal philosophy. Part II », *Wisconsin Law Review*, 1956, p. 598.

<sup>111</sup> P. Mindus, *A Real Mind...*, *op. cit.* p. 18. Selon Patricia Mindus, l'anecdote est racontée par Boström lui-même dans *Grundlinier till filosofiska statsläran propedeutik*, éd. Adolf Johnsons, 1901, p. 6.

<sup>112</sup> S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1975, pp. 20-22.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>114</sup> « Ainsi, tout vécu de conscience en général est en lui-même conscience *de ceci* ou *de cela*, [...] Il est donc nécessaire d'ajouter un terme à l'expression *ego cogito* transcendantal : tout *cogito*, tout vécu de conscience comme nous disons également, vise quelque chose, et porte en soi, sur le mode de ce qui est visé, ce qui est dans chaque cas son *cogitatum* », E. Husserl, « Deuxième méditation » (1931), in *Méditations cartésiennes et les Conférences de Paris*, trad. de l'allemand par M. de Launay, PUF, coll. Epiméthée, 1994, p. 77. Selon Cassirer, Hägerström n'a jamais fait référence à Husserl, E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, *op. cit.*, p. 56.

choses elles-mêmes : « L'objectivité de la connaissance est nécessairement constituée par la nature même de ce qui est perçu, donc de l'objet »<sup>115</sup>.

**22. Seul ce qui est réel peut faire l'objet d'une connaissance.** - L'articulation de la validité de la connaissance sur la légitimité d'une chose à en être l'objet rend cruciale la détermination des critères permettant l'accession à la dignité d'objet. Le mot d'ordre d'Hägerström se veut particulièrement explicite : « Seul ce qui est réel peut faire l'objet d'une connaissance »<sup>116</sup>. Selon Hägerström et en accord avec la philosophie néo-kantienne, ce qui peut être considéré comme réel doit faire partie du monde empirique donné dans le contexte de l'espace et du temps, soit au simple titre de contenu d'une conscience (réalité psychologique), soit également en tant qu'objet de la pensée (réalité empirique). Hägerström illustre sa conception du réel par la distinction entre les propositions vraies et les propositions fausses. Le contenu d'une proposition fautive n'est réel qu'en tant qu'il est celui d'une conscience : c'est une réalité psychologique. Le contenu d'une proposition vraie est également une réalité psychologique, et elle est vraie car, en plus, elle correspond à une réalité empirique<sup>117</sup>. Pour lui, toute connaissance doit prétendre à la vérité et doit, pour cela, correspondre à la réalité, entendue comme l'ensemble des faits observables dans l'espace et dans le temps. À son époque, cette thèse est défendue par les empiristes du Cercle de Vienne, notamment dans la sémantique de Tarski qui établit qu'une proposition est vraie si et seulement si elle correspond à un état de choses dans le monde<sup>118</sup>.

**23. Un programme anti-métaphysique.** - Le travail scientifique, selon Hägerström, consiste à transcrire la réalité du monde en propositions vraies. Il faut donc, pour garantir l'objectivité d'une science, que toutes les expressions scientifiques se réfèrent à quelque chose de réel. Cette thèse s'arrime rapidement à un scepticisme quant aux valeurs, une fois remarqué qu'aucun objet moral n'a jamais été observé autrement qu'en tant que réalité psychologique. Les valeurs comme la justice, la dignité ou la bonne foi ne se réfèrent à rien d'autre qu'à des sentiments. Par conséquent, elles ne doivent rien à la raison. En tant que tels, elles pourraient bien constituer des curiosités psychologiques, mais elles ne sauraient être prises au sérieux par un scientifique rigoureux. Poussée jusqu'au bout, cette idée montre un potentiel dévastateur : « D'une manière générale, tout ce qui s'appelle science de l'esprit, qu'elle concerne le moi, la société, l'État, la morale ou la religion, n'est qu'un jeu intellectuel à base d'expression de sentiments, laissant croire que quelque chose de réel serait ainsi

---

<sup>115</sup> A. Hägerström, *Die philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (Autoportrait de la philosophie contemporaine), éd. Raymund Schmidt, 1929, p. 4, cité par S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, op. cit., p. 23.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>118</sup> A. Tarski, « The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 4, n° 3, 1944, p. 341-376.

désigné. On pose à l'avance, en postulant la possibilité d'une telle science, que le sentiment lui-même serait susceptible de receler en lui une connaissance »<sup>119</sup>.

Au contraire, la science moderne « doit s'efforcer de n'utiliser que des concepts qui ont une base dans des faits susceptibles d'observation »<sup>120</sup>. Partant, toutes les expressions sans référence à la réalité sont privées de signification. Elles doivent être évacuées de la pensée scientifique car elles sont métaphysiques. Dans le vocabulaire de Hägerström, "métaphysique" est le nom de ce qui doit être abandonné ou dépassé : elle n'est qu'« une série d'assemblage de mots sur le caractère desquels le métaphysicien ne sait rien »<sup>121</sup>. La métaphysique, voilà l'ennemi : il faut « tracer les notions métaphysiques et les éliminer de la science »<sup>122</sup>, « poursuivre la métaphysique jusque dans ses derniers retranchements et la découvrir dans des endroits où l'on n'a pas coutume de la chercher »<sup>123</sup>. Cette volonté d'assainissement et de purification de la pensée donne le *la* du réalisme juridique scandinave<sup>124</sup> et, plus généralement, de *l'esprit positif*.

## B. La nature métaphysique des expressions juridiques fondamentales

**24. "Droit de propriété" et méthode du passage en revue.** - Hägerström applique ce programme à la pensée juridique. Il étudie attentivement quelques expressions juridiques fondamentales pour en vérifier les référents empiriques. Il s'intéresse particulièrement à l'expression "droit subjectif" et à ses dérivés. Sa méthode consiste à « passer en revue les faits associés à un droit en particulier et [à se] demander si les premiers peuvent être identifiés à ce droit »<sup>125</sup>.

Dans ce cadre, il étudie l'expression "droit de propriété". Déjà, constate-t-il, on ne peut pas confondre le droit de propriété avec le fait observable de la *possession* d'une chose. En effet, il est possible de posséder une chose sans en être le propriétaire. D'ailleurs, la

<sup>119</sup> A. Hägerström, *Die Philosophie der Gegenwart...*, op. cit., p. 48, cité par E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, op. cit., p. 146.

<sup>120</sup> S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, op. cit., p. 55.

<sup>121</sup> A. Hägerström, *Die Philosophie der Gegenwart...*, op. cit., p. 26, cité par E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, op. cit., p. 45.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>123</sup> E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, op. cit., p. 42.

<sup>124</sup> « Les fondements théoriques du "réalisme scandinave" en tant que mouvement dans le domaine de la philosophie du droit coïncident avec ceux de la philosophie générale d'Uppsala. Les partisans de cette dernière école considéraient comme leur tâche principale l'analyse des concepts et des notions fondamentales de l'usage courant et du langage de la science. Cette analyse commence par la critique des éléments idéalistes et métaphysiques des systèmes philosophiques antérieurs. La critique, à son tour, a pour base la notion de "réalité", telle qu'elle est définie par l'école d'Uppsala. », S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, op. cit., p.19.

<sup>125</sup> K. Olivecrona, *De la Loi et de l'Etat. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit* (1940), trad. du suédois par P. B.-G. Jonason, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 94.

revendication à la propriété d'une chose naît parfois du fait que le propriétaire, justement, ne la possède pas. Hägerström poursuit et envisage la *protection* du droit de propriété par l'Etat comme son référent empirique potentiel. Il objecte aussitôt qu'il est indispensable de distinguer le droit de propriété de sa protection, car celle-ci présuppose nécessairement l'existence préalable d'un droit. C'est seulement dans la mesure où l'on prétend être titulaire d'un droit de propriété que l'on peut attendre sa protection de la part de l'Etat et du juge. Il persévère : le référent de "droit de propriété" pourrait aussi être la *garantie* de la protection de son droit par l'Etat. Il remarque cependant l'éventualité d'une revendication concurrente et de bonne foi du droit de propriété sur une même chose par deux parties à un litige. Le juge, dans ce cas, ne protégera ce droit que pour l'une des deux parties<sup>126</sup>.

Ni la possession, ni la protection de la propriété, ni la garantie de la protection de la propriété ne peuvent constituer la référence empirique de l'expression "droit de propriété". Hägerström conclut à un profond décalage entre la réalité et l'usage de l'expression "droit de propriété" par les juristes<sup>127</sup>. Ce que les juristes nomment "droit de propriété" ne correspond à rien de réel<sup>128</sup>. Il s'agit d'une idée métaphysique, et il est intolérable qu'un esprit scientifique puisse se laisser abuser par ce qui s'avère n'être qu'une parodie de concept.

**25. "Déclaration d'intention" et indétermination de la référence entre conditions et conséquences d'application.** - Le vice métaphysique n'atteint pas seulement les expressions juridiques associées à l'idée de droit subjectif. Pour Hägerström, le référent empirique de l'expression "déclaration d'intention" (*viljeförklaring*), pourtant fondamental en droit des contrats suédois, lui paraît tout aussi impossible à déterminer que "droit de propriété"<sup>129</sup>. Selon l'opinion commune des juristes suédois, l'accord entre les parties à un contrat peut être modifié par ce qu'ils appellent une "déclaration d'intention". Comme pour "droit de propriété", Hägerström vérifie si "déclaration d'intention" répond aux exigences de scientificité en correspondant à un fait réel et observable. Selon Hägerström, cette réalité pourrait être constituée par deux choses différentes : la *volonté des parties* ou la *modification de la situation contractuelle*. Il objecte que, dans la première hypothèse, l'utiliser en même temps pour caractériser la modification de la relation juridique que cette volonté implique serait incorrect, ce que font pourtant les juristes suédois. La seconde hypothèse ne l'est pas moins : il est impossible que le terme se réfère à la modification d'une relation juridique puisque que la déclaration d'intention est justement l'acte qui l'implique. En fait, les juristes suédois emploient ce terme en se référant ni à l'un, ni à l'autre mais, semble-t-il, à quelque chose d'intermédiaire et de non observable. Hägerström soutient ici l'argument suivant lequel

<sup>126</sup> S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, op. cit., p. 55.

<sup>127</sup> C. Faralli, « Le droit comme fait », trad. de l'italien par É. Millard, *Revus*, n° 24, 2014, p. 49.

<sup>128</sup> S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, op. cit., p. 55.

<sup>129</sup> A. Hägerström, « The Concept of Declaration of Intent in the Sphere of Private Law », in *Inquiries...*, op. cit., p. 299.

*la référence de l'expression est indéterminée entre la condition et la conséquence de son usage.* L'idée de déclaration d'intention est, elle aussi, une idée proprement métaphysique : « D'après Hägerström, il ne s'agit rien de plus que la manifestation d'une chimère »<sup>130</sup>.

### C. Les origines du caractère métaphysique des pseudo-concepts juridiques

**26. Explications psychologiques.** - De nombreux termes juridiques vont être ainsi dénoncés. Hägerström ira jusqu'à invalider l'usage de ce que les juristes appellent "droits" et "devoirs" : « aucune connaissance n'est vraiment possible à propos des droits et devoirs »<sup>131</sup>. À ce stade de l'analyse, « Le philosophe – le critique – a fait son travail. Il a démantelé les concepts, qui, à un niveau superficiel et pour un juriste peu attentif, semblaient dotés d'une signification mais qui, après analyse approfondie, se sont révélés être des pseudo-concepts »<sup>132</sup>. « La critique d'Hägerström des concepts juridiques fondamentaux a été destructrice »<sup>133</sup>, admet Olivecrona. Mais Hägerström n'essaiera pas de reconstruire un système de concepts juridiques fondé sur ses exigences. Il est, en fait, assez douteux qu'il eût jugé la chose possible. Il tentera seulement d'expliquer pourquoi, malgré l'énormité de l'erreur métaphysique, les juristes continuent à employer ces pseudo-concepts sans s'en apercevoir ni se trouver mutuellement ridicules à parler de choses qui n'existent pas. Il expliquera le curieux phénomène en des termes psychologiques comme les effets de *désirs* ou de *sentiments*, et non en imputant de véritables *pensées*. Car en effet, « si le sentiment ou le désir eux-mêmes sont des expériences de valeur, le mot "valeur" n'est par conséquent qu'une expression désignant un sentiment ou un désir et pas une expression désignant une pensée »<sup>134</sup>.

Les individus, quand ils prétendent à des droits, ont le sentiment d'être confortés dans leurs convictions. Ils prennent plaisir à ce que leur désir bénéficie de la légitimité d'une idée supérieure. Les gens se battent mieux et plus efficacement s'ils croient défendre un droit, plutôt que s'ils s'avouent revendiquer un avantage ou un intérêt strictement personnel. D'un autre côté, l'Etat aura une emprise plus efficace sur les esprits en déguisant son autorité sous

<sup>130</sup> M. Sandström, « Law – Fact, Fiction or In Between ? Axel Hägerström's Quest for Legal Realism », in P. Wahlgren (dir.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honor of Jes Bjarup*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005, p. 330.

<sup>131</sup> P. Mindus, *A Real Mind...*, *op. cit.*, p. vii.

<sup>132</sup> M. Sandström, « Law – Fact, Fiction or In Between ?... », *op. cit.*, p. 334. Nous reproduisons ici la citation originale, légèrement différente parce qu'elle concernait seulement le travail d'Hägerström sur l'expression "déclaration d'intention" : « At this point, the philosopher – the critic – has done his job. He has removed another concept that at a superficial level, and to the unaware jurist, seemed to be meaningful, but after a deeper analysis, revealed itself to be a pseudo-concept ».

<sup>133</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 136.

<sup>134</sup> A. Hägerström, *Die Philosophie der Gegenwart...*, *op. cit.*, p. 94, cité par E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, p. 94.

la forme de devoirs et d'obligations. Il sera plus facile pour l'Etat d'enrôler ses citoyens dans une guerre en leur affirmant que la défense de la Nation est un devoir civique, plutôt que de les contraindre par la menace ou par la force. Sans signification, les expressions "droits" et "devoirs" disposent d'un effet persuasif puissant sur les individus<sup>135</sup>.

**27. Droit et magie.** - Ceci dit, c'est surtout avec par sa thèse historique sur l'origine magique des idées de devoir et de droit subjectif que Hägerström marque les esprits<sup>136</sup>. Estimant que la nature métaphysique de ces pseudo-concepts a forcément dû, à un moment donné, correspondre à une vision du monde, qu'elle a su être cohérente avec d'autres croyances en vertu desquelles l'existence réelle de droits et d'obligations pouvait présentée comme acceptable, il remonte jusqu'au droit romain pour comprendre comment de telles idées ont pu être instaurées.

Dans cette perspective, il étudie attentivement l'acte de *mancipatio*, par lequel un citoyen romain acquérait un esclave. L'acheteur, devant le vendeur silencieux et cinq témoins, récitait la formule : « Je déclare que cet homme est le mien, conformément au droit des citoyens romains, et je l'achète par cette pièce de cuivre »<sup>137</sup> et jetait celle-ci dans une balance. Hägerström a raison de ne pas voir en cet énoncé la description d'un état du monde. Cet énoncé n'exprime pas une proposition empirique. Elle serait, sinon, évidemment fautive puisqu'à l'instant où l'acheteur l'énonce, l'esclave n'est pas le sien. En définitive, le citoyen romain prononce ces mots pour *faire apparaître* un droit de propriété. On dirait, après John Langshaw Austin, qu'il s'agit là d'un énoncé performatif<sup>138</sup>. Mais l'observation d'une formule consacrée et la façon dont l'énoncé est mis en scène conduisent Hägerström à défendre une autre thèse : cette phrase était considérée, à l'époque où elle était dite et respectée, comme une *formule magique*, et la cérémonie était un rituel mystique indispensable à la production des effets escomptés. Considérant la tendance générale du droit romain à accorder une importance déterminante aux formules consacrées et aux cérémonies, il est clair pour Hägerström que tout le droit romain doit être réinterprété comme encadrant l'exercice de ce que les Romains croyaient être de véritables pouvoirs surnaturels, en dépit du fait qu'il a progressivement perdu cette signification : « Hägerström affirme que, de la perspective romaine, le droit de propriété est un pouvoir mystique sur l'esprit inhérent à l'objet. Ce pouvoir est créé, puis transféré par des actes magiques. Une obligation était un lien mystique, créé de la même manière. L'ancien droit romain, institué par la loi des Douze Tables au 5<sup>e</sup> siècle av. J.-C., était un système de règles encadrant l'acquisition et l'exercice de pouvoir

<sup>135</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 136.

<sup>136</sup> A. Hägerström, *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, trad. du suédois à l'allemand par l'auteur avec l'aide de K. Flex, Almqvist & Wiksell, vol. 1, 1927.

<sup>137</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 132.

<sup>138</sup> J. L. Austin, *Quand dire c'est faire* (1955), trad. de l'anglais par G. Lane, Seuil, coll. Points Essais, 1991.

mystique. Tous les anciens actes juridiques constituant l'ancien droit romain étaient des actes magiques »<sup>139</sup>.

Dès lors, nous aussi, signant un contrat de travail, contractant mariage, revendiquant nos droits, sommes aux prises avec d'anciennes élucubrations mystiques privées de toute connexion tangible et observable avec la réalité. Profitant de notre naïveté, ancrées dans nos habitudes, elles résistent à l'esprit positif : « Sans même y penser, nous nous laissons dominer dans le domaine de la connaissance pratique par des représentations très voisines du mode d'intuition magique [...]. Que signifie le droit de propriété privée ? Si nous essayons d'établir ce qui peut effectivement être observé en sa présence, nous ne trouvons rien d'autre que certaines règles sociales qui sont appliquées de manière relativement universelle [...]. Mais la conscience universelle et, s'appuyant sur elle, la science juridique, interposent entre les faits juridiques : achat, testament, *etc.*, et l'application des règles sociales, un droit que les faits juridiques permettrait d'acquérir, le droit de propriété au sens habituel du mot [...] Si le droit de propriété d'une pomme me revient, cela signifie donc [...] que mon esprit a la possibilité de manger la pomme. Ce mode de représentation mystique a sans aucun doute son origine dans des sentiments de force extrêmement développés, éprouvés lors la défense d'une certaine position, si par exemple on s'est emparé le premier d'un objet jusque-là sans possesseur. De tels sentiments de force éveillent la représentation de forces objectives qui fonctionnent indépendamment de ce qui est perceptible. Mais il est clair que les faits juridiques sont de la sorte dotés en plus d'une force indiscutablement mystique »<sup>140</sup>.

Le rapprochement entre Axel Hägerström et Auguste Comte est, sur ce point, assez évident. Pour Comte et sa théorie des trois états de la pensée humaine, le stade métaphysique correspond à l'état d'une pensée pré-scientifique toujours encombrée d'ancestrales croyances magiques<sup>141</sup>. Si l'on entend se débarrasser des derniers vestiges d'une conception

<sup>139</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 136. La thèse de l'origine magique des idées d'obligation, de pouvoir, droit et d'obligation juridiques est examinée en détail par Patricia Mindus, *A Real Mind...*, *op. cit.*, pp. 204-217. Voir également C. Faralli, *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, Giuffrè, 1982.

<sup>140</sup> A. Hägerström, « Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der modernen Naturvölker. Zugleich ein Beitrag zur Psychologie der Magie » (Comparaison entre les représentations de forces des primitifs et celles des peuples actuels à l'état de nature. Contribution à la psychologie de la magie), in *Mélanges en l'honneur d'Arvi Grotenfelt*, 1933, p. 83 et s., cité par E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, p. 135.

<sup>141</sup> « Cette loi consiste en ce que chacune de nos conceptions principales, chaque branche de nos connaissances, passe successivement par trois états théoriques différents : l'état théologique, ou fictif ; l'état métaphysique, ou abstrait ; l'état scientifique, ou positif. En d'autres termes, l'esprit humain, par sa nature, emploie successivement dans chacune de ses recherches trois méthodes de philosopher, dont le caractère est essentiellement différent et même radicalement opposé : d'abord la méthode théologique, ensuite la méthode métaphysique, et enfin la méthode positive. De là, trois sortes de philosophies, ou de systèmes généraux de conceptions sur l'ensemble des phénomènes, qui s'excluent mutuellement : la première est le point de départ nécessaire de l'intelligence humaine ; la troisième, son état fixe et définitif ; la seconde est uniquement destinée à servir de transition. », A. Comte, « Cours de philosophie positive, première leçon » (1830), in *Philosophie des sciences*, textes réunis par J. Grange, Gallimard, coll. Tel, 1996, p. 52.

magique du monde, il faut donc évacuer de notre langage les éléments métaphysiques survivants à l'émergence de l'esprit scientifique. Ernst Cassirer synthétise ainsi la pensée de Hägerström : « Et il en tire la conclusion radicale que la pensée juridique qu'on a coutume d'admirer pour sa clarté et sa précision, et que l'on compare parfois à cause de cela à la mathématique, est au fond prisonnière de représentations superstitieuses dont elle ne s'est jamais véritablement dépouillée. L'ensemble de la jurisprudence classique est, selon Hägerström, bâti sur un fond de superstitions. Nous n'avons pas du tout affaire à un monde de faits, mais uniquement à un monde de représentations que l'imagination juridique a créées et auxquelles elle s'est des siècles durant accrochée »<sup>142</sup>.

Hägerström accuse les théories du droit naturel d'avoir entretenu ces superstitions par la métaphysique. La preuve en serait que, comme le faisait déjà Grotius, nous parlons du droit de propriété comme d'un *pouvoir* sur la chose, sans pourtant qu'on puisse en observer aucune manifestation empirique<sup>143</sup>. La thèse de l'origine magique de la pratique juridique est peut-être contestable d'un point de vue historique, mais elle témoigne bien de l'ampleur et de la radicalité de l'entreprise de dévaluation de la signification des expressions juridiques, et du discrédit dont est frappée la pratique juridique.

## §2. Vilhelm Lundstedt : imagination, idéologie et superstitions juridiques

**28. Superstitions.** - Dès qu'il rencontre Hägerström, Vilhelm Lundstedt (1882-1955) s'enthousiasme pour sa démarche et pour ses thèses<sup>144</sup>. Il se présentera sans cesse comme son plus fidèle disciple. En préface à *Legal Thinking Revised*, Halvar Sundberg raconte : « Lundstedt n'a jamais manqué de préciser que c'est Axel Hägerström, son professeur de philosophie à Uppsala, qui l'a fait entrer en croisade contre la doctrine traditionnelle, et sa théorie du droit est effectivement fondée sur la philosophie de Hägerström »<sup>145</sup>. Il est le plus radical de tous les réalistes scandinaves, « pas tant au sens politique », nous rassure-t-on, « mais plutôt vis-à-vis du langage juridique »<sup>146</sup>. Il s'applique à poursuivre le programme

<sup>142</sup> E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique...*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>143</sup> « Grotius définissait un droit subjectif comme un pouvoir spirituel. Le droit de propriété était le pouvoir spirituel de posséder un objet. Le propriétaire le possédait avec quelque chose de plus que sa force physique. Dans une relation avec d'autres personnes, un droit était un pouvoir spirituel pour dominer leurs esprits », K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 128.

<sup>144</sup> Pour une biographie de Vilhelm Lundstedt, voir J. O. Sundell, « Vilhelm Lundstedt – A Biographical Sketch », in P. Wahlgren (dir.), *Perspectives on Jurisprudence...*, *op. cit.*, pp. 465-478.

<sup>145</sup> H. G. F. Sundberg, « Preface », in V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, Almqvist & Wiksell, 1956.

<sup>146</sup> U. Beinreiter, « Anders Vilhelm Lundstedt : in Quest of Reality », in E. Pattaro (dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12 : Legal Philosophy in the Twentieth Century : the Civil Law World, t. 2 : Language Areas, Springer, 2016, p. 380.

empiriste et anti-métaphysique jusqu'en droit international<sup>147</sup> dans l'espoir d'offrir les fondements à une véritable science du droit : « J'ai essayé, ni plus ni moins, de contribuer aux fondements d'une approche scientifique du droit, c'est-à-dire de faire de la recherche en droit [*jurisprudence*] une science »<sup>148</sup>. Fidèle à la thèse historique de Hägerström, il considère les idées de droits et devoirs comme des croyances superstitieuses.

**29. L'idéologie juridique.** - Lundstedt reprend et applique la méthode du passage en revue développée par Hägerström. À l'issue de l'opération, il considère que seule l'exécution d'une sanction pourrait constituer le noyau réel d'un droit subjectif<sup>149</sup>, car la situation concrète d'un paiement en réparation d'un préjudice est le seul fait observable. La même conclusion demeure invariablement : puisque l'obligation de paiement est supposée antérieure à ce paiement, l'idée de droit subjectif est, en elle-même, logiquement intenable<sup>150</sup>. Il insiste sur le caractère *idéologique* de ces pseudo-concepts pour l'imputer à l'ensemble du langage juridique, critiquant au passage la consistance de l'idée de justice, jusqu'à celle de règles juridiques : « La justice n'existe pas. Il n'y a pas non plus de "devoir-être" (*ought*) objectif ni, par conséquent, de droit matériel, c'est-à-dire de commandements juridiques. Ainsi toute l'idéologie juridique – notamment les droits et devoirs juridiques, la légalité ou l'illégalité – part en fumée. Bien sûr, nous retrouverions certaines réalités derrière l'idéologie du droit. Mais elles-mêmes ne forment qu'une superstructure au-dessus de la réalité construites sans contrôle empirique, c'est-à-dire par l'imagination »<sup>151</sup>. Donc, pour « faire de la recherche en droit une science », il faut abandonner tous les concepts juridiques : « Utiliser les conceptions de l'idéologie juridique, quelles qu'elles soient, comme points de départ ou présuppositions de raisonnements scientifiques est tout simplement impossible. Quelques exemples de ces notions fausses peuvent être mentionnés : droits et devoirs juridiques, obligations, prétentions et revendications juridiques, responsabilité, règles juridiques, justice (naturelle), *etc.* Des expressions comme justice (naturelle), incorrect [*wrong*], injustifié [*wrongful*], légalité, devoir-être juridique [*legal ought*], faute et culpabilité, doivent, selon moi, être rejetées. Elles ne doivent pas être conservées, pas même comme simples termes ou labels pour certaines réalités »<sup>152</sup>. Évidemment, il semble difficile, même pour un scientifique du droit, de se passer complètement de tous ces éléments de langage. Ainsi, concède-t-il, « À propos des "règles" de droit ou "règles juridiques", ce livre aura, bien sûr, quelque chose à dire. Ce que je veux dire, c'est qu'il est commode [*practically expedient*] d'utiliser ces mots-là.

<sup>147</sup> Voir notamment V. Lundstedt, *Superstition and Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence*, Longmans, 1925.

<sup>148</sup> V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>149</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 137.

<sup>150</sup> *Ibid.* Voir aussi S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>151</sup> V. Lundstedt, « Law and Justice: A Criticism of the Method of Justice », in P. Sayre (dir.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Oxford University Press, 1947, pp. 450-451, cité par L. B. Orfield, « A survey... », *op. cit.* p. 607.

<sup>152</sup> V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, *op. cit.*, p. 16.

À vrai dire, je vais moi-même les employer, bien que les affirmations et énoncés de “droit”, après examen, ne puissent être qualifiées de “règles”. À partir de maintenant, je mettrai le terme en question entre guillemets pour rappeler au lecteur que, pour moi, les “règles” juridiques, ou “règles” de droit, n’existent pas »<sup>153</sup>. Cette attitude a suscité l’incompréhension jusque chez ses compagnons de l’école réaliste scandinave, comme Karl Olivecrona : « Il a même maintenu, avec une grande emphase, qu’il n’y avait pas de règles de droit. Les prétendues règles de droit n’existent pas plus que les droits et devoirs, disait-il. Ce qu’il voulait dire exactement n’a jamais été clair pour moi. Lui-même parlait constamment de ces règles de droit. [...] Ses expressions étaient parfois étranges »<sup>154</sup>.

**30. Machinerie juridique.** – Chez Lundstedt, c’est toute la rationalité du droit qui semble « partir en fumée », trahi par son langage sans contrepartie empirique. Lundstedt marque ce changement en remplaçant l’idée de *droit* par celle de *machinerie juridique*, conçue d’après la « reproduction régulière d’actes coercitifs, qui suivent certains modes de comportement. En conséquence, il y a un ordre factuel – c’est-à-dire un standard – dans le comportement des gens vis-à-vis de leurs congénères [*fellow-creatures*] »<sup>155</sup>. Dans cette perspective épistémologique, « les chercheurs [*scholars*] devraient plutôt parler de “machinerie juridique” et la comprendre comme un système de régularités comportementales qui peut être scientifiquement étudié »<sup>156</sup>.

Avec Lundstedt, l’objectivation du droit prend sa forme la plus radicale. L’anticognitivism juridique est conduit jusqu’à ses derniers retranchements : il semble avoir retiré toute intelligence à l’objet d’étude, ainsi qu’a procédé la science moderne avec la matière et le cosmos. La pratique juridique, pourtant humaine, subit le même sort que la nature, de laquelle on a chassé les esprits par élimination de tous les éléments anthropomorphiques qu’on impute intuitivement à l’égard de ce qui, pourtant, n’est pas humain<sup>157</sup>. De cette façon, la pratique juridique est naturalisée<sup>158</sup> par élimination de ce qui fait des juristes des êtres intelligents. On les considère « comme des “particules” qui sont sous l’empire de forces d’attraction, de répulsion, *etc.*, comme dans un champ magnétique »<sup>159</sup>. Hägerström disait déjà que « le droit est une machine sociale dans laquelle les rouages sont

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>154</sup> K. Olivecrona, « The Legal Theories... », *op. cit.*, p. 138.

<sup>155</sup> V. Lundstedt, *Den historiska rättspositivismen. Med särskild hänsyn till Bergbohms lära* (Le positivisme juridique historique, avec un *focus* sur l’enseignement de Bergbom), Almqvist & Wiksell, 1929, p. 51, cité et traduit en anglais par U. Beinreiter, « Anders Vilhelm Lundstedt... », *op. cit.*, p. 382.

<sup>156</sup> L. Siliquini-Cinelli, « Vilhelm Lundstedt’s ‘Legal Machinery’ and the Demise of Juristic Practice », *Law Critique*, n° 29, 2018, p. 244.

<sup>157</sup> Pour aller plus loin sur le naturalisme, voir Ph. Descola, *Par-delà nature et culture* (2005), Folio, coll. Essais, 2015. L’auteur le met en perspective avec le totémisme, l’analogisme et l’animisme pour montrer la contingence de la métaphysique de la « nature » et de sa disjonction avec la culture.

<sup>158</sup> « Dans son épistémologie, Lundstedt suit la perspective naturaliste [*naturalistic approach*] proposée par Hägerström », U. Beinreiter, « Anders Vilhelm Lundstedt... », *op. cit.*, p. 382.

<sup>159</sup> P. Bourdieu, *Réponses*, Seuil, 1992, p. 82.

des hommes [*in which cogs are men*] »<sup>160</sup>. Comme le note Alain Supiot, « ce paradigme, et le souci d'objectivité qui le justifie, nous portent à regarder les hommes comme on regarde les choses »<sup>161</sup> : il est le parti de la déshumanisation, mais il est aussi celui dont a besoin l'esprit scientifique pour *objectiver* ce qu'il traite. Rappelons-le, c'est à la condition d'avoir un objet face à soi qu'on peut prétendre à un savoir *objectif*. C'est, peut-on ajouter, en confisquant *raisons, intentions, significations et projets* à ce qui est désormais une chose qu'on est capable d'analyser son fonctionnement dans les termes matérialistes des couples cause/effet et stimulus/réponses<sup>162</sup>. Thomas Hobbes, père du positivisme juridique, avait annoncé la couleur : « Ce grand Léviathan appelé République, ou Etat [*Civitas*], n'est rien d'autre qu'un homme artificiel, quoique d'une stature et d'une force supérieures à celle de l'homme naturel, pour la protection et la défense duquel il a été destiné, et en lequel – la souveraineté est une âme artificielle, en tant qu'elle donne vie et mouvement au corps entier, – où les magistrats et les autres officiers affectés au jugement et à l'exécution sont des jointures artificielles, – la récompense et la punition (qui, attachées au siège de la souveraineté, meuvent chaque jointure, chaque membre pour qu'il accomplisse son devoir) sont les nerfs »<sup>163</sup>.

Sur ce point, il est en quelque sorte amusant de voir Lundstedt dénoncer avec tant d'emphase le droit comme étant simplement imaginaire, et ensuite le dépeindre comme une immense machine. On pourra certes concéder avec lui que les droits, les devoirs, la démocratie, la justice, la légalité, la propriété, la liberté contractuelle, *etc.*, n'existent pas. Ils sont vraiment invisibles et impalpables : on ne peut ni regarder un droit, ni le tenir dans sa main. « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », aurait plaisanté Gaston Jèze pour souligner la fictivité de cette idée<sup>164</sup>. Dans ce sens, bien sûr, ces institutions sont *vraiment*

<sup>160</sup> A. Hägerström, *Inquiries...*, *op. cit.*, p. 354.

<sup>161</sup> A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 33.

<sup>162</sup> Pour Hayek, « L'homme a partout commencé à interpréter les événements du monde extérieur d'après sa propre image comme s'ils étaient animés par un esprit semblable au sien ; les sciences de la nature rencontrèrent donc partout des explications obtenues par analogie avec le fonctionnement de l'esprit humain, des théories "anthropomorphiques" ou "animistes" recherchant un dessein intentionnel et elles étaient satisfaites quand elles y avaient découvert la preuve de la présence d'une intelligence ordonnatrice (*designing mind*). [...] L'effort persistant de la science moderne a été de revenir aux "faits objectifs", [...] d'écarter toutes les théories qui prétendaient expliquer les phénomènes en leur imputant un esprit organisateur (*directing mind*) comme le nôtre », F. Hayek, *Scientisme et science sociales* (1952), trad. de l'allemand par R. Barre, Plon, coll. Agora, 1953, p. 17. Pour Monod également : « La pierre angulaire de la méthode scientifique est le postulat de l'objectivité de la Nature. C'est-à-dire le refus *systématique* de considérer comme pouvant conduire à une connaissance "vraie" toute interprétation des phénomènes données en termes de causes finales, c'est-à-dire de "projet". », J. Monod, *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Seuil, coll. Points Essais, 1970, p. 37.

<sup>163</sup> Th. Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (1651), cité par Alain Supiot, qui commente ainsi : « ce texte séminal de la pensée juridique européenne conjugue ainsi la religion, le droit, la science et la technique pour exprimer un imaginaire normatif qui est encore largement le nôtre : celui qui représente le gouvernement des hommes sur le modèle de la machine », A. Supiot, *Le gouvernement par les nombres...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>164</sup> Selon l'anecdote rapportée par M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> édition. LexisNexis, coll. Manuel, 2006, p. 99.

imaginaires<sup>165</sup>. La thèse du droit-machine est-elle pourtant une thèse plus *réaliste* ? Car le droit n'est pas *réellement* une machine, et les juristes ne sont pas *réellement* des rouages. À propos de cet imaginaire mécaniste, Castoriadis a malicieusement remarqué que « traiter un homme en chose ou en pur système mécanique n'est pas moins, mais *plus* imaginaire que de prétendre voir en lui un hibou, cela représente un autre degré d'enfoncement dans l'imaginaire ; [...] la parenté *réelle* de l'homme avec un hibou est incomparablement plus grande qu'elle ne l'est avec une machine »<sup>166</sup>.

**31. Bien-être social.** - Toutefois, la métaphore de la machine *ne suffit pas* à naturaliser son objet d'étude. En effet, Lundstedt n'est pas du tout satisfait de la façon dont la machinerie juridique fonctionne, ni de la manière dont on en assure la « maintenance » : « l'argument principal de *ma* critique – qui se suffit à lui-même – est *que* le fondement [*entire substratum*] de l'idéologie juridique, le soi-disant droit matériel et sa justice naturelle, n'est pas réel ; *que*, par conséquent, même les droits juridiques, les obligations juridiques, les associations juridiques et autres ne sont pas réels ; *que* le sens commun de la justice (les sensations de sentiments de justice), loin de justifier le “droit matériel”, reçoit sa justification par la maintenance du droit, c'est-à-dire par la machinerie juridique, qui le dirige à son service et à son avantage, imposant à la société et à l'économie sa direction, son sillon et ses tendances [*directs it in grooves and furrows*] ; *que* l'idéologie juridique ne perçoit pas et ne peut pas percevoir ces réalités appartenant à la machinerie juridique, puisqu'elle a elle-même intégré la chimère de la justice »<sup>167</sup>. Pour montrer « l'absurdité de la méthode de la justice »<sup>168</sup>, Lundstedt donne un exemple de droit pénal, dont il est un spécialiste : « Si quelqu'un suit l'idée de justice et s'intéresse à la question de la condamnation pour vol, alors il pourrait rejeter complètement l'infraction du vol elle-même, du moins s'il adopte une attitude dite déterministe. N'est-ce pas indiscutable que c'est le pauvre et non le riche qui vole ? Ne savons-nous pas *pourquoi* c'est en général le pauvre et non le riche qui vole ? Trouve-t-on juste que le pauvre pâtisse d'une action qu'il n'aurait pas commise s'il n'avait pas été pauvre ? [...] La question de savoir si un accusé a *justement mérité* d'être puni ou non peut recevoir des réponses différentes (et, comme on le remarque, on répondra toujours par la négative si l'on

---

<sup>165</sup> C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, coll. Points Essais, 1975. Voir aussi Y. N. Harari, *Sapiens : une brève histoire de l'humanité*, op. cit. L'auteur, consacrant par ailleurs de longs développements à l'idée de personne morale (pp. 29-33), attribue une grande importance à l'imagination dans l'évolution de l'espèce humaine, laquelle lui aurait permis de trouver des solutions révolutionnaires à des problèmes sociaux pour les communautés dépassant le seuil des 150 individus (p. 27). C'est le cas, par exemple, de la monnaie : « Coquillages et dollars n'ont de valeur que dans notre imagination commune. Leur valeur ne tient pas à la structure chimique des coquilles et du papier, ni à leur couleur, ni à leur forme. Autrement dit, la monnaie n'est pas une réalité matérielle, mais une construction psychologique », p. 177.

<sup>166</sup> C. Castoriadis, *L'institution imaginaire...*, op. cit., p. 238. Sur cette dérive, voir aussi O. Rey, *Itinéraire de l'égaré. Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, Seuil, 2003.

<sup>167</sup> V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, op. cit., p. 53.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pp. 53-76.

adopte un point de vue déterministe) »<sup>169</sup>. En bref, et selon ce qui est devenu un lieu commun pour la philosophie du droit, « le jugement de justice est un jugement de valeur et, comme les autres jugements de valeur, il est dirigé par les sentiments ordinaires de l'individu, et par conséquent n'est ni vrai ni faux »<sup>170</sup>.

Contre la « méthode de la justice », Lundstedt consacre de longs développements à son invention, « la méthode du bien-être social [*social welfare*] ». Il la considère comme la seule qui pourrait parvenir à transformer la pensée juridique (*jurisprudence*) de l'état idéologique à l'état scientifique<sup>171</sup>. Ce qu'il appelle le bien-être social « ne signifie rien d'autre que ce qui est effectivement considéré et évaluable comme utile aux hommes en société d'après leur mode de vie, leurs aspirations et les difficultés qu'ils rencontrent à un moment donné »<sup>172</sup>. Il affirmera encore qu'« avec la méthode du bien-être social comme principe ou, mieux encore, comme guide pour la pratique juridique [*guiding motive for legal activities*], on encourage de la meilleure façon possible ce que les gens en général s'efforcent d'atteindre – ce que chacun disposant d'un degré minimum de culture est capable de comprendre »<sup>173</sup>. Si Lundstedt critique tant ce qu'il appelle « idéologie juridique », c'est parce qu'il veut la remplacer. « Les praticiens du droit », dit-il, « doivent se libérer de toutes les chimères qui prennent leur origine dans l'idéologie juridique »<sup>174</sup>. La science du droit que prépare Lundstedt est « constructive » vis-à-vis de la législation comme de l'interprétation des « prétendues lois valides » de l'idéologie juridique, en tant qu'il n'y a pour elle « aucun autre argument valable que les réalités sociales, c'est-à-dire la façon dont les gens sont physiquement et psychologiquement constitués, ce qui leur est nécessaire dans leurs relations les uns avec les autres, ces relations elles-mêmes, leurs aspirations réelles et les moyens pour la promotion de ces aspirations »<sup>175</sup>.

La distinction positiviste qui est de nos jours défendue entre droit et science du droit n'est pas respectée par Lundstedt. Son analyse du langage juridique traditionnel l'a conduit à une critique féroce de l'idée de justice, puis à la recherche d'une alternative pour son remplacement, l'idée de bien-être social, dont la recherche des conditions de réalisation peut, selon lui, être menée scientifiquement. Il oppose sur un même plan deux méthodes pour le droit : « une méthode irréaliste [*unreal way*], procédant des idées de l'idéologie juridique, et une méthode réaliste [*real way*], en considération des aspirations des gens vivant dans la

---

<sup>169</sup> *Ibid.*, pp. 54-55.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>171</sup> Le chapitre de *Legal Thinking Revised* intitulé « Jurisprudence as a Science » est entièrement consacré à la méthode du bien-être social. *Ibid.*, pp. 123-300.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>175</sup> *Ibid.*, pp. 133-134.

communauté »<sup>176</sup>. Le réalisme juridique de Lundstedt revient à une forme de scientisme, qui ressemble beaucoup à l'utilitarisme. Il ne lui importe pas de rester à l'extérieur du droit, mais d'y pénétrer et de le rénover : « dans son travail, le chercheur en droit acquiert un maximum de perspicacité sur les opérations de la machinerie juridique et, précisément pour cette raison, il semble être le mieux placé pour évaluer le fonctionnement du droit »<sup>177</sup>. Comme le remarque Uta Beinweiter, « une telle approche constituerait un immense avantage pour le législateur, car il lui offrirait la possibilité de se référer à un point de vue scientifique »<sup>178</sup>. Mais peu importe pour Lundstedt, convaincu que le développement de la société souffrirait de l'absence de ces évaluations par la science du droit : « à qui, demande-t-il de manière rhétorique, reviendrait la tâche de promouvoir ce que la société considère de plus utile, sinon à "l'homme de la science du droit" ? »<sup>179</sup>.

### §3. Synthèse de Karl Olivecrona et retour à l'orthodoxie réaliste

**32. « Le concept de droits ».** - Lundstedt, avec son style enflammé et ses appels aux scientifiques du droit à défendre la société contre les intérêts privés, était un agité un peu gênant pour les représentants du réalisme scandinave. Avec Karl Olivecrona (1897-1980), nous revenons à une certaine orthodoxie et à un style analytique beaucoup moins suspect d'arrière-pensées politiques. Dans *De la loi et de l'Etat*, et plus particulièrement sous le chapitre « Le concept de droits »<sup>180</sup>, Olivecrona reformule les premières thèses sémantiques du réalisme scandinave d'une façon particulièrement claire et synthétique. Il exploite également la méthode du passage en revue pour reconnaître, à son tour, que les idées de "droit subjectif" et de "devoir" ne relèvent d'aucun fait empirique, et reprend en même temps l'argument de l'indétermination de la référence entre conditions et conséquences d'application.

**33. Passage en revue des références éventuelles.** - Olivecrona analyse l'expression "droit de propriété" et affirme que les faits susceptibles de lui être associés sont : (1) la chose sur laquelle il porte, (2) les règles de droit qui l'encadrent, (3) la machinerie juridique de l'Etat, (4) sa sanction par un juge ou l'administration, (5) la position favorable du propriétaire au regard de la machinerie juridique et (6), la sécurité dont bénéficie le titulaire du droit<sup>181</sup>. Il écarte rapidement les quatre premiers : « Le droit de propriété n'est manifestement pas

---

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>177</sup> U. Beinweiter, « Anders Vilhelm Lundstedt... », *op. cit.*, p. 399.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 399. Sur ce point, voir V. Lundstedt, « The Responsibility of Legal Science for the Fate of Man and Nations », *New York University Law Review*, vol. 10, 1932, pp. 326-340.

<sup>180</sup> K. Olivecrona, *De la loi et de l'Etat...*, *op. cit.*, pp. 93-125.

<sup>181</sup> *Ibid.* pp. 95-96.

identifiable au bien sur lequel il porte. Il n'équivaut pas non plus ni aux règles de droit, ni à l'appareil judiciaire, ni à la pression psychologique exercée sur les individus, ni même aux sanctions qui parfois sont prononcées »<sup>182</sup>.

Il conserve, pour un temps, l'hypothèse de la référence à la position favorable du propriétaire au regard de l'appareil judiciaire et celle de la référence à la relative sécurité dont il bénéficie dans l'usage de la chose qui lui appartient : « Ce sont là les deux seuls éléments que l'on pourrait éventuellement rattacher au concept de droit de propriété tel que nous le concevons »<sup>183</sup>. Pourtant, il remarque, comme Hägerström, que la sécurité dont bénéficie le propriétaire ne peut pas être le référent empirique de "droit de propriété" : « Il est tout à fait concevable qu'il y ait sécurité réelle sans titre juridique et inversement que, malgré la détention d'un titre de propriété, la sécurité du possesseur du bien ne soit pas assurée »<sup>184</sup>. Il écarte également l'hypothèse de la position favorable du propriétaire car premièrement, le droit est considéré comme antérieur à l'action en justice, car celle-ci repose sur l'existence de ce droit. Deuxièmement, la réussite du procès ne dépend pas seulement de l'existence d'un droit : « Il se peut en effet que le demandeur ait échoué à apporter la preuve de son droit, il se peut aussi que la Cour ait mal apprécié les règles de droit applicables au regard des faits et, à l'inverse, le demandeur gagne parfois un procès alors même qu'il ne possède pas de droit en vertu de la loi »<sup>185</sup>. Enfin, et troisièmement, « le droit est considéré exister même dans le cas où aucun procès ne pourrait avoir lieu ou encore lorsque le procès n'a aucune chance de succès »<sup>186</sup>.

**34. Indétermination de la référence entre conditions et conséquences.** - Il reprend aussi l'argument de l'indétermination de la référence entre conditions et conséquences d'application de l'expression "droit de propriété". Il envisage même la possibilité de joindre les deux quand il évoque l'hypothèse que ce concept soit « équivalent à la faculté pour le plaideur de faire valoir telle ou telle prétention juridique, suite à la survenance de tel ou tel fait, un dommage ou un vol par exemple »<sup>187</sup>. Mais il écarte vite cette hypothèse, jugeant « fort complexe » cet ensemble de faits alors que, « dans le langage courant, le terme de *droit* vise au contraire quelque chose de *simple* »<sup>188</sup>. Il rejette en particulier l'idée que les conséquences d'application puisse faire partie de la signification du concept de droit subjectif : « Les droits sont une chose, les conséquences en sont une autre »<sup>189</sup>. La conclusion de Hägerström est donc, encore une fois, rejointe : « Les droits que l'on dit reposer sur le droit

---

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Ibid.*

positif ne constituent pas, eux non plus, des réalités objectives. Il y a, certes, des faits de la vie sociale auxquels l'idée de ces droits est intimement liée, ce qui entretient la confusion entre ces faits et lesdits droits. Cependant, si l'on examine clairement ces faits de la vie sociale et qu'on les confronte à l'idée de droits, aucune confusion n'est possible : on constate en effet que l'idée ne correspond pas aux faits »<sup>190</sup>. De la même façon, « le concept de *devoir légal* ne correspond à aucune réalité objective. Dans la mesure où la "*force obligatoire*" du droit n'est qu'une illusion, il ne peut pas non plus exister de devoirs légaux objectifs »<sup>191</sup>. « En réalité », ajoute-t-il, « il y a d'un côté les propositions impératives – *les impératifs indépendants* – et de l'autre le sentiment du devoir mis en éveil par les premiers. L'idée de devoir suscitée par l'*impératif* apparaît comme quelque chose de réel. On imagine une contrainte intérieure qui n'est, comme nous l'avons vu, que le reflet du *sentiment* "d'obligation" contenu dans le sentiment du devoir »<sup>192</sup>.

**35. Cible de la critique réaliste : les chercheurs en droit.** - Le verdict du test référentialiste des expressions juridiques est, jusque là, particulièrement sévère. Cependant, quoiqu'à l'exception notable de Lundstedt, cette critique n'est pas dirigée à l'encontre des juristes en général, mais seulement contre ceux qui s'estiment dévoués à l'étude objective du droit. Les juristes, engoncés dans la tradition juridique, sont pardonnés de l'emploi des termes de "droits" et "devoirs", car leurs usages restent efficaces dans une argumentation juridique. Au point où il en était, le citoyen romain avait raison de respecter les formalités de l'acte de *mancipatio*, même s'ils les trouvaient ridicules : c'était pour lui la seule façon d'acquérir un esclave. Bien qu'ils emploient des termes sans signification et même s'ils le savent, les avocats sont stratégiquement contraints de prétendre que leurs clients sont titulaires de droits car la croyance en leur existence est partagée par le juge. La critique réaliste n'est pas formulée à l'encontre des praticiens, mais à l'encontre des chercheurs en droit. Elle sera par exemple adressée à Friedrich Carl von Savigny, Rudolph von Ihering, Julius Lassen ou Ernst Viktor Nordling, d'autant plus que ces théoriciens auront explicitement promis de renoncer à toute approche métaphysique<sup>193</sup>. Pour Hägerström et la plupart de ses successeurs, « les ennemis principaux de la science semblent être les chercheurs (*scholars*) ».<sup>194</sup>

C'est au véritable scientifique du droit de se rendre compte que les expressions "droits" et "devoirs" ne se réfèrent à rien de réel, qu'elles entretiennent des illusions métaphysiques ; il doit étudier l'usage de l'expression "droit de propriété" par les juristes, mais ne peut l'employer à son compte, car elle est impropre à sa démarche scientifique. De la même façon que l'anthropologue ne doit pas croire aux rites indigènes pour les décrire, le

---

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> M. Sandström, « Law – Fact, Fiction or In Between ?... », *op. cit.*, p. 338.

<sup>194</sup> *Ibid.*

chercheur en droit ne saurait être dupe d'aucune illusion de ce genre. La science, c'est son office, détricote les mythes ; sa modernité tire justement ses fondements de l'*Aufklärung*, des Lumières, pensée émancipatrice des préjugés imposés par l'histoire et l'autorité. De cette façon, les réalistes scandinaves réclament une franche distinction entre le droit, pétri de superstitions, et la science, qui les démystifie. On comprend donc que le réalisme scandinave se soit rapidement orienté vers la psychologie, l'analyse politique ou la sociologie pour analyser le phénomène juridique. Les pseudo-concepts juridiques seront alors regardés en tant que tels, comme des réalités psychologiques et sociologiques : « Il s'agira dès lors d'introduire les *idées* concernant les droits et les obligations parmi les autres faits de la vie sociale. Il faudra étudier l'origine de ces idées et leur signification réelle, leur fondement psychologique, l'usage technique qui en est fait dans la législation, leur rôle au regard du rapport entre les individus et l'Etat »<sup>195</sup>.

**36. Nécessité d'une compréhension des pseudo-concepts juridiques.** - La question, à ce moment, est la suivante : comment analyser convenablement ces « idées » et, surtout, « leur usage technique », tout en maintenant la thèse de leur absence de signification véritable ? Une dévaluation absolument complète du sens des concepts et propositions juridiques soustrait toute prise à l'investigation. Benoît Frydman parle d'une sémantique binaire, avec « d'un côté, un terme ou une proposition ; de l'autre, un objet ou un fait, qui constitue sa référence dans le monde », et il remarque non seulement que « cette théorie se révèle [...] catastrophique pour le droit » mais même qu'« au-delà du droit, cette sémantique binaire pose problème en tant qu'elle évacue toute possibilité d'interprétation, d'investigation ou de construction progressive du sens »<sup>196</sup>. En effet, faire une croix sur la compréhension du sens des expressions juridiques revient à s'imposer un obstacle insurmontable, similaire à celui qui empêche d'étudier la culture d'un peuple dont on ne maîtrise pas la langue. La maîtrise du langage juridique constitue une compétence indispensable pour le scientifique du droit, même pour en analyser les présupposés idéologiques, les mécanismes psychologiques ou les manoeuvres politiques qui lui seraient sous-jacents. Dès lors, « ceux qui récusent l'approche métaphysique et aspirent au réalisme [...] sont confrontés au problème de trouver une explication raisonnable à la notion de droits »<sup>197</sup>. En fait, c'est en vertu de la possibilité même de leurs investigations que les représentants de l'école réaliste scandinaves vont être conduits à examiner autrement le contenu des expressions juridiques, sous un angle plus compréhensif.

---

<sup>195</sup> K. Olivecrona, *De la loi et de l'Etat...*, op. cit., p. 105.

<sup>196</sup> B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3<sup>e</sup> édition Bruylant, coll. Penser le droit, 2011, p. 589.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 103.

## Section 2 : La reconnaissance de la fonction pratique des expressions juridiques

**37. Fonction pratique.** - Olivecrona justifie l'emploi des expressions juridiques par les autorités, et en particulier l'expression de "droit subjectif", en les considérant comme des « impératifs indépendants » : « la notion de droits est employée dans la loi comme un moyen pour atteindre le but général de la loi, à savoir diriger le comportement des individus »<sup>198</sup>. L'usage des expressions affiliées à l'idée de droit subjectif est légitime pour les autorités : « [il] se rapporte à une action projetée. Si cette action est conçue de façon claire, alors une règle est créée à travers la proclamation d'un droit. *Le modèle de comportement est inclus dans l'idée de l'action que le tenant du droit est habilité à accomplir. Le mot droits a une fonction impérative. L'idée que quelqu'un possède un droit joue le rôle d'un impératif indépendant* »<sup>199</sup>. Il ne reviendra pas sur l'absence de signification de l'expression "droit subjectif", mais il concède cependant qu'elle remplit « une fonction pratique, celle de présenter les règles de comportements attendus »<sup>200</sup>.

C'est de cette fonction pratique dont il sera question dans le deuxième volet des investigations scandinaves sur les concepts juridiques. Ekelöf et Strahl vont reconnaître que les expressions juridiques sont passibles d'une analyse logique (§1). Ross fera la synthèse de leurs analyses et sera tout prêt de concevoir la portée sémantique de ces expressions. Il restera cependant tributaire d'une conception référentialiste de la signification (§2).

### §1. La modélisation de la fonction pratique des expressions juridiques

**38. Le concept comme fonction.** - Dans un article publié en 1945 et intitulé « *Juridisk slutledning och terminologi* » (« Inférence juridique et terminologie »)<sup>201</sup>, Per Olof Ekelöf (1906-1990) change de perspective en appliquant une nouvelle méthode d'analyse : « au lieu de reprendre la question générale de savoir quels phénomènes réels sont désignés par ces

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p.106.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>201</sup> P. O. Ekelöf, « Juridisk slutledning och terminologi » (Inférence juridique et terminologie), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1945, pp. 211-272. Voir aussi P. O. Ekelöf, « Till frågan om rättighetsbegreppet » (À propos du concept de "droit subjectif"), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1946, pp. 309-313 ; P. O. Ekelöf, « Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken » (Sur l'usage du terme "droit subjectif" dans le langage juridique), *Festskrift for B. Ekeberg*, 1950, pp. 151-177 ; P. O. Ekelöf, « Är termen rättighet ett syntaktisk hjälpmedel utan mening? » (Le terme "droit subjectif" est-il un outil syntaxique sans signification ?), *Svensk juristtidning*, 1952, pp. 546-559, cités par N. K. Sundby, « Legal Rights in Scandinavian Analysis », *Natural Law Forum*, n° 13, 1968, p. 72.

termes, l'auteur se borne à examiner la question de savoir quelle expression plus spécifique peut remplacer le mot »<sup>202</sup>. Ekelöf adapte aux expressions juridiques la méthode de substitution développée par les logiciens de son époque. Un concept est la fonction que joue un terme dans une proposition empirique ; son rôle est analogue à celui joué par  $x$  dans une équation mathématique. Il suffit de substituer à  $x$  l'expression d'un état de chose pour déterminer si, dans ce cas, on peut lui attribuer une valeur de vérité. Dans la proposition «  $x$  est un satellite de la Terre », la proposition est vraie lorsque l'on remplace  $x$  par "la Lune", et fausse si on la remplace par "la Tour Eiffel"<sup>203</sup>. Ekelöf récupère l'argument développé par les premiers réalistes scandinaves de l'indétermination de la référence entre les faits-conditions et les faits-conséquences, mais pour déterminer la structure logique de la fonction pratique des concepts juridiques. Cette structure, lorsqu'il prend l'exemple du terme de "droit de créance", est pour lui la suivante :

(a) Si un prêt est accordé, alors naît un droit de créance.

(1) Un prêt est accordé.

(2) Un droit de créance existe.

(b) Si un droit de créance existe, alors le paiement doit s'effectuer à échéance.

(2) Un droit de créance existe.

(3) Le paiement doit être effectué le jour de l'échéance.<sup>204</sup>

Pour Ekelöf, c'est (2) qui prend la fonction de  $x$ . La seule façon de substituer le concept de créance en conservant les deux propositions (a) et (b) consiste à remplacer l'expression (2) par l'expression (3) dans la proposition (a), et l'expression (2) par l'expression (1) dans la proposition (b). Dans les deux cas, nous obtenons l'énoncé suivant :

(c) Si un prêt est accordé, alors le paiement doit être effectué le jour de l'échéance.

---

<sup>202</sup> S. Strömholm et H.-H. Vogel, *Le "réalisme scandinave"...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>203</sup> G. Frege, « Fonction et concept (1891), in *Écrits logiques et philosophiques*, Seuil, coll. Point Essais, 1994, p. 90. Voir, sur ce point, B. Leclercq, *Introduction à la philosophie analytique. La logique comme méthode*, De Boeck, coll. Le point philosophique, 2008, pp. 24-30.

<sup>204</sup> N. K. Sundby, « Legal Rights... », *op. cit.*, p. 79.

Il faut substituer, dans la proposition (a), l'expression "droit de créance" par les conséquences juridiques de son application et, dans la proposition (b), par les conditions juridiques de son application. Selon Ekelöf, le concept de créance se réfère donc *cumulativement* à ses faits-conditions et à ses faits-conséquences juridiques. Ces faits, en raison de la complexité de nos systèmes juridiques, pourront être nombreux. Il faut donc les envisager comme des ensembles complexes de faits et de conséquences juridiques<sup>205</sup>. Pour Ekelöf, c'est ainsi que les expressions assimilables à ce qu'on appelle plus généralement des "droits subjectifs" fonctionnent dans le discours des juristes : ils connectent des conditions juridiques à des conséquences juridiques.

Cette manière de présenter les choses adoucit le jugement des premiers réalistes scandinaves. Hägerström et ses élèves avaient ridiculisé les juristes et leur façon de parler. Ekelöf prend ces termes plus au sérieux. Il justifie leur usage d'un point de vue logique et, pourrait-on dire, *d'un point de vue interne*, ce qui diminue très nettement la portée de l'accusation métaphysique à leur encontre, la transformant en une simple erreur d'hypostase<sup>206</sup>. Ce qui est incorrect, ce n'est pas l'usage des termes juridiques en lui-même, c'est simplement la croyance en ce qu'ils se référeraient à quelque chose d'intermédiaire entre les faits-conditions et les faits-conséquences.

**39. Strahl.** - Ses commentateurs, et en particulier Ivar Strahl (1899-1987), ne seront pas prêts à admettre le cumul de références à deux ensembles d'états de choses<sup>207</sup>. Il faut, selon Strahl, choisir entre les conditions et les conséquences pour définir le concept, sans quoi le raisonnement serait vicié par le sophisme du *quaternio terminorum*, celui-ci consistant à insérer, dans un syllogisme normalement composé de trois propositions, une quatrième proposition<sup>208</sup>. En accord sur ce point avec Olivecrona, il donnera sa préférence aux faits-conditions, en affirmant que ce n'est qu'une fois les conditions d'application remplies que l'on peut ensuite en déduire des conséquences juridiques, et pas l'inverse<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> *Ibid.*, pp. 79-80.

<sup>206</sup> Sur ce type d'interprétation, H. Vaihinger, *La philosophie du comme si* (1911), trad. de l'allemand de Ch. Bouriaud, Kimé, 2008 ; Ch. Bouriaud, *Le « Comme si ». Kant, Vaihinger et le fictionalisme*, Cerf, coll. Passages, 2013 ; Ch. Bouriaud, *Kelsen, lecteur de Vaihinger. Présentation et traduction de deux articles de Kelsen sur les fictions du droit*, École normale supérieure, coll. La croisée des chemins, 2013.

<sup>207</sup> I. Strahl, « Till frågan om rättighetsbegreppet » (Sur le concept de "droit subjectif"), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1946, pp. 204-210 ; I. Strahl, « Till frågan om rättighetsbegreppet » (Sur le concept de "droit subjectif"), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1947, pp. 481-514, cités par N. K. Sundby, « Legal Rights... », *op. cit.*, p. 73.

<sup>208</sup> *Ibid.*, pp. 82-83.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 83.

## §2. La contribution décisive d'Alf Ross : « *Tû-tû* »

**40. *Tû-Tû*.** - Le danois Alf Ross (1899-1979) intervient dans cette controverse par une publication marquante : le célèbre et truculent article « *Tû-tû* »<sup>210</sup>, publié une première fois dans sa langue en 1951<sup>211</sup>, puis en anglais, à la *Harvard Law Review*, en 1957<sup>212</sup>. Cette contribution va être décisive pour deux raisons. Ross donne sa position sur la détermination de la référence des concepts de droits en suivant la méthode de substitution proposée par Ekelöf. Néanmoins, il s'oppose aussi bien aux thèses d'Ekelöf que de Strahl : l'expression "droit de créance" ne désigne ni les faits-conditions, ni seulement les faits-conséquences, ni les deux à la fois, ni autre chose encore : il est vide de signification, c'est un mot creux (*hollow word*) (A). Il va, depuis cette perspective, généraliser la réflexion valant pour les concepts de *droit subjectif* à l'ensemble des expressions juridiques (B).

### A. Les mots creux du droit

**41. Identité fonctionnelle de "*tû-tû*" et "droit subjectif".** - Alf Ross relate les travaux de l'anthropologue Ennosrep sur la tribu Noît-cif des îles Noïsulli<sup>213</sup>. Ce peuple observe la règle qu'en cas d'infraction à certains tabous (si un homme a une relation sexuelle avec sa belle-mère, si un animal totem est tué, si quelqu'un a consommé la nourriture préparée pour le chef, *etc.*), le coupable est *tû-tû* et doit être soumis à une cérémonie de purification. Selon l'anthropologue, *tû-tû* serait aux yeux des indigènes une sorte d'infection menaçant toute la tribu. Il est bien évident, pour Ross, qu'il n'existe rien de tel : « il va de soi que *tû-tû* n'est rien du tout : c'est un mot dépourvu de toute espèce de signification. [...] Le discours sur *tû-tû* est un pur non-sens »<sup>214</sup>.

Alf Ross insiste néanmoins sur la fonction prescriptive des propositions au sein desquelles le terme *tû-tû* va jouer un rôle déterminant. Il formalise cette fonction de la façon suivante :

(a) Si quelqu'un a consommé de la nourriture du chef, il est *tû-tû*.

(b) Si quelqu'un est *tû-tû*, il sera soumis à une cérémonie de purification.

<sup>210</sup> A. Ross, « *Tû-Tû* » (1951), in *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. de l'anglais par É. Millard et E. Matzner, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2002, pp 103-116.

<sup>211</sup> A. Ross, « *Tû-Tû* », in *Festskrift til H. Ussing*, Borum & Illum, 1951, pp. 468-484.

<sup>212</sup> A. Ross, « *Tû-Tû* », *Harvard Law Review*, 1957, n° 70, pp. 812-825. Nous citons la version française.

<sup>213</sup> "Ennosrep", "Noît-cif" et "Noïsulli" deviennent "personne", "fiction" et "illusion" quand ils sont lus à l'envers : l'histoire a été inventée de toute pièce par Alf Ross. La farce n'a aucune conséquence notable sur l'argumentation sémantique de l'auteur.

<sup>214</sup> A. Ross, « *Tû-Tû* », *op. cit.*, p. 103.

En supprimant le terme “*tû-tû*”, on exprime la règle suivante :

(c) Si quelqu'un a consommé de la nourriture du chef, il sera soumis à une cérémonie de purification.

Nous reconnaissons ici la formalisation logique qu'Ekelöf avait présentée quand il étudiait l'expression “droit de créance”. Ross rejoint Strahl sur l'impossibilité d'une double référence empirique : « le mot “*tû-tû*”, pour autant qu'il signifie quelque chose, doit signifier la même chose dans chacune [des deux propositions] »<sup>215</sup>. Il lui semble inconcevable de remplacer “*tû-tû*” par l'état de choses complexe correspondant à l'ensemble des faits-conditions, car avec la proposition (a), cela revient à dire : « Si quelqu'un a consommé de la nourriture du chef, soit il a eu une relation sexuelle avec sa belle-mère, soit il a tué un animal totem, soit il a consommé la nourriture du chef ». Cet énoncé-là n'est pas convenable, car il est partiellement tautologique, partiellement incorrect. Remplacer “*tû-tû*” par les faits-conséquences dans la proposition (b) n'est pas plus satisfaisant : « Si quelqu'un est soumis à une cérémonie de purification, il sera soumis à une cérémonie de purification ».

La démonstration convainc Ross que “*tû-tû*” ne se réfère ni aux faits-conditions, ni aux faits-conséquences. Parce qu'il est bien évident que le *tû-tû* n'est pas *vraiment* une infection menaçant l'ensemble de la tribu, “*tû-tû*” n'est pourvu d'aucun référent empirique. La formalisation de la fonction pratique de “*tû-tû*” étant analogue à celle qu'Ekelöf a formulé pour l'expression “droit de créance”, il faut bien admettre qu'il en est de même de “droit de créance” et de “droit subjectif” : « [Une créance] n'est visiblement pas une chose réelle, tout comme “*tû-tû*” n'est pas une chose réelle ; ce n'est rien du tout, c'est simplement un mot, un mot vide, dépourvu de tout référent. De la même manière, notre assertion selon laquelle l'emprunteur devient “débiteur” correspond, dans l'allégorie de la tribu, à l'assertion selon laquelle la personne qui tue l'animal totem devient “*tû-tû*” »<sup>216</sup>.

Ross reprend alors la thèse de Hägerström sur l'origine magique du droit : « Ainsi, nous devons admettre que notre terminologie et nos idées ressemblent considérablement par leur structure à la conception primitive de la magie, bien que celle-ci concerne l'invocation de pouvoirs surnaturels qui, à leur tour, sont convertis en effet factuels. Nous ne pouvons pas non plus écarter la possibilité que cette ressemblance prenne racine en réalité dans une tradition qui, attachée au langage, et à son pouvoir sur la pensée, constitue un antique héritage

---

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 109.

des origines de notre civilisation. »<sup>217</sup> Cependant, Ross poursuit : « Une fois ce point admis, la question importante demeure : savoir si de bonnes raisons, des raisons rationnelles, peuvent être invoquées en faveur du maintien d'une présentation "tû-tû" des règles de droit, c'est-à-dire d'une forme de circonlocution dans laquelle sont insérés des droits imaginaires entre le fait du juriste et sa conséquence juridique »<sup>218</sup>.

**42. Fonction simplificatrice du terme "droit subjectif".** - Il rejoint les premiers réalistes sur l'absence de signification du terme "droit subjectif", mais les dépasse aussitôt en lui reconnaissant un intérêt pratique de présentation et de systématisation des règles juridiques. Malgré son défaut de référence, à partir duquel Ross répète qu'il est un mot creux et dépourvu de signification, ledit mot creux devient indispensable en tant qu'outil de présentation<sup>219</sup>. Il en est ainsi, par exemple, de l'expression "libre circulation des personnes" telle qu'elle est utilisée en droit de l'Union européenne<sup>220</sup>. Avec elle, il est possible d'exprimer au moins trois faits-conditions (F<sub>n</sub>) et trois faits-conséquences (C<sub>n</sub>) :

F<sub>1</sub> : Si une personne est citoyenne de l'Union européenne, elle bénéficie de la libre circulation des personnes ;

F<sub>2</sub> : Si une personne est membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, elle bénéficie de la libre circulation des personnes ;

F<sub>3</sub> : Si une personne est le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée, elle bénéficie de la libre circulation des personnes ;

C<sub>1</sub> : Si une personne bénéficie de la libre circulation des personnes, elle peut quitter le territoire d'un État membre en vue de se rendre dans un autre État membre sans se voir imposer aucun visa ni obligation équivalente ;

C<sub>2</sub> : Si une personne bénéficie de la libre circulation des personnes, elle peut entrer sur le territoire d'un Etat membre sans se voir imposer aucun visa ni obligation équivalente ;

C<sub>3</sub> : Si une personne bénéficie de la libre circulation des personnes, elle peut séjourner, sans condition supplémentaire, sur le territoire d'un Etat membre pendant trois mois.

Passons-nous maintenant de l'expression "liberté de circulation des personnes" :

---

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 111.

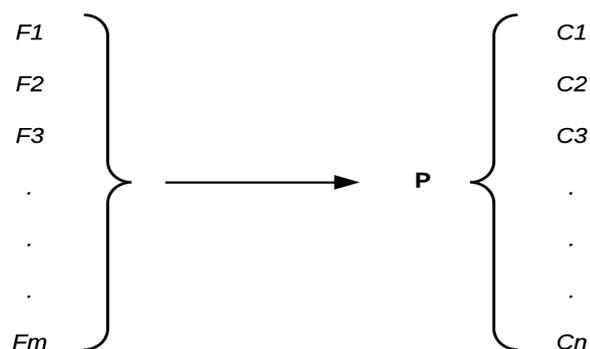
<sup>220</sup> Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

$F_1+C_1$  : « si une personne est citoyenne de l'Union européenne, elle peut quitter le territoire d'un État membre en vue de se rendre dans un autre État membre, sans se voir imposer aucun visa ni obligation équivalente » ;

$F_2+C_2$  : « si une personne est membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, elle peut entrer sur le territoire d'un État membre, sans se voir imposer aucun visa ni obligation équivalente » ;

$F_3+C_3$  : « si une personne est le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable et dûment attestée, elle peut séjourner, sans condition supplémentaire, sur le territoire d'un État membre pendant trois mois », *etc.*

Abandonner l'expression "liberté de circulation des personnes" est effectivement possible, mais il nous faudrait neuf propositions (s'ajoutent à celles déjà exprimées les propositions  $F_1+C_2$ ,  $F_1+C_3$ ,  $F_2+C_1$ ,  $F_2+C_3$ ,  $F_3+C_1$  et  $F_3+C_2$ ) pour dire la même chose qu'on dirait avec seulement six en utilisant l'expression "libre circulation des personnes". L'écart entre l'usage et l'abandon du terme se creuserait de façon exponentielle à mesure que le nombre de faits-conditions et de faits-conséquences augmenterait : pour lier 10 faits-conditions à 10 faits-conséquences, il nous faudrait 100 propositions sans le concept en question, contre 20 avec le terme simplificateur. Voici la figure de Ross illustrant cette fonction de simplification<sup>221</sup> :



<sup>221</sup> A. Ross, « *Tû-Tû* », *op. cit.*, p. 111.

**43. Réhabilitation de l'usage de "droit subjectif" par la science du droit.** – Par cette expression juridique, « une pluralité cumulative de conséquences juridiques est reliée à une pluralité disjonctive de faits-conditions »<sup>222</sup>. L'usage de l'expression "droit subjectif" est réhabilité par la démonstration de sa fonction simplificatrice. Ross affirme qu'il « appartient à la pensée juridique de conceptualiser les règles juridiques de telle façon qu'elles soient réduites à un ordre systématique, et de fournir par ce moyen un compte rendu du droit en vigueur qui soit aussi clair et commode que possible »<sup>223</sup>. À qui va être assignée cette tâche ? Il indique que « c'est le rôle de la science juridique d'entreprendre cette démarche de simplification », en concédant que « ce rôle a été largement anticipé par la pensée préscientifique »<sup>224</sup>. La distinction entre le langage juridique et le langage scientifique, à ce moment, ne nous paraît plus tant marquée. Les scientifiques du droit doivent-ils, tout compte fait, employer le langage juridique pour simplifier l'exposé des règles juridiques ? Et si ce rôle a été largement tenu par la pensée « préscientifique » – soit, dans le texte, la pensée juridique –, quelle différence fondamentale pourrait marquer le saut qualitatif que nous obtiendrons par l'avènement d'une véritable science du droit ? Nous aurons l'occasion d'approfondir le projet scientifique de Ross – la prédiction des décisions de justice –, mais notons déjà qu'une fois passés quelques énoncés spectaculaires, la différence entre pensée juridique et pensée scientifique sur le droit n'a, dans ce contexte, rien d'évident.

## B. De l'expression "droit subjectif" à l'ensemble du langage juridique

**44. Généralisation.** - Les exemples fournis par les réalistes (et le nôtre) ont, pour le moment, toujours été des expressions affiliées à celle de "droit subjectif" (*right*) car elles ont été les cibles privilégiées pour démontrer l'absence de référence empirique de certains termes juridiques. Ross va explicitement élargir ses conclusions à l'ensemble du langage juridique : « La même technique de présentation peut fréquemment être employée sans qu'intervienne l'idée de droits. En droit international, par exemple, une série de règles peut établir quel secteur constitue le territoire d'un Etat donné. Que ce secteur ait le caractère d'un "territoire" est, *per se*, sans signification. Ces règles n'acquièrent une signification que lorsqu'elles sont rapprochées d'un autre ensemble de règles qui expriment les conséquences juridiques attachées à la caractérisation d'un secteur comme territoire. Dans cet exemple, il serait également possible d'exposer les relations juridiques sans se référer au concept interpolé (le "territoire"), bien qu'une telle formulation soit indubitablement compliquée »<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 112.

Ross montre ici que l'absence de signification de l'expression "droit subjectif" n'est pas particulièrement gênante puisqu'après tout, celle-ci fonctionne exactement comme les autres expressions juridiques. Cette affirmation est importante car elle suggère que la formulation *tû-tû*, c'est-à-dire la formalisation logique proposée par Ekelöf, n'est pas uniquement susceptible de nous éclairer sur l'usage de "droit subjectif" par les juristes : elle est aussi parfaitement capable de démontrer la fonction simplificatrice des termes juridiques en général.

Il en est ainsi comme du terme "marchandise" en droit de l'Union européenne. Selon la Cour de justice, « tous biens appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales »<sup>226</sup> sont des marchandises dont la commercialisation est soumise aux règles de la libre circulation des marchandises de l'Union Européenne :

(a) Si un bien est appréciable en argent et susceptible, comme tel, d'être l'objet de transactions commerciales, c'est une marchandise au sens de l'Union Européenne.

(b) Si un bien est une marchandise au sens de l'Union Européenne, sa commercialisation doit respecter les règles de la libre circulation des marchandises.

Sans le terme "marchandise" :

(c) Si un bien est appréciable en argent et susceptible, comme tel, d'être l'objet de transactions commerciales, sa commercialisation doit respecter les règles de la libre circulation des marchandises.

**45. Le problème est dans la question.** - Les termes juridiques "territoire" et "marchandise", bien qu'ils ne soient pas des sous-catégories de "droit subjectif", répondent aux mêmes propriétés. Ils peuvent être supprimés d'un ensemble de propositions, mais au prix d'une complication de la présentation des règles avec lesquelles ils sont liés. Il y a pourtant fort à parier que les concepts de *marchandise* et de *territoire* n'auraient pas subi la critique acerbe de Hägerström, tant ils paraissent se référer à des choses réelles et observables. La méthode du passage en revue se serait probablement satisfaite d'une référence empirique évidente, facilement déterminable dans l'espace et dans le temps. Et pourtant, la validité de ces concepts pour un emploi scientifique aurait encore été susceptible d'être inquiétée par l'argument de l'indécidabilité entre faits-conditions et faits-conséquences. Le terme de "marchandises" se réfère-t-il aux biens appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de faire l'objet de transactions commerciales, ou aux biens dont la commercialisation doit respecter les règles européennes de la libre circulation des

---

<sup>226</sup> Cour de justice des Communautés européennes, 19 décembre 1968, C-7/68, « Commission c/Italie ».

marchandises ? Il devient de plus en plus évident que le problème qui nous occupe n'est pas celui formulée par cette question, mais la question elle-même.

**46. Ross et le réalisme scandinave.** - Bien que Ross reprenne à Ekelöf sa formalisation des termes juridiques en analysant « la corrélation systématique entre une pluralité disjonctive de faits-conditions et une pluralité cumulative de conséquences juridiques »<sup>227</sup>, il conserve beaucoup du legs théorique cédé par les premiers réalistes scandinaves : l'explication de ce que sont les termes juridiques par l'allégorie des Noît-cifs et le "tû-tû", mot soi-disant issu d'une « abominable superstition barbare »<sup>228</sup>, n'est pas sans rappeler la thèse historique de Hägerström sur l'origine magique des concepts juridiques. Il reprend aussi de ses prédécesseurs une méthode générale de détermination du sens des expressions linguistiques. Il s'agit d'une théorie de la signification qui fait dépendre le contenu conceptuel d'un terme ou d'une expression linguistique de sa référence à un fait, une chose ou à un état de choses observable. Cette approche est dite *référentialiste*<sup>229</sup>. C'est, pour Ross, le « postulat empiriste » qu'il faut adopter si l'on veut suivre une démarche scientifique : à chaque concept doivent être associés « des qualités indiquées de manière ostensible (par l'observation directe) »<sup>230</sup>. Or, selon sa démonstration, un terme juridique « ne représente rien », car « il ne renvoie à rien dans le monde observable »<sup>231</sup>. Ross réitère de façon particulièrement explicite la position des premiers réalistes sur l'absence de signification des expressions juridiques fondamentales, qui leur avait fait dire que la pensée juridique était encombrée de pseudo-concepts. Ross est tout aussi réticent à reconnaître de véritables *concepts* derrière les mots creux du droit, comme en témoigne l'incise que nous soulignons dans le passage suivant : « Il n'y a pas de concept tel que "l'Etat" - il n'y a pas de concept présent dans l'usage ici étudié - qui puisse être défini à l'aide d'une formule telle que "l'Etat est...", ou : "par Etat, nous entendons..." ». Le concept, *s'il est en quoi que ce soit possible de parler d'un concept*, ne peut être défini que par implication, de la manière indiquée »<sup>232</sup>.

Comme ses prédécesseurs (à part Lundstedt, qui veut éveiller toutes les consciences), Ross ne condamne pas l'usage des termes juridiques par les juristes, la reconnaissance de leur fonction pratique lui faisant admettre leur nécessité. Il maintient cependant son projet d'appliquer à la recherche en droit le modèle des sciences de la nature, comme il l'indique lui-même dès l'introduction de son ouvrage *On Law and Justice* : « L'idée directrice de ce travail

<sup>227</sup> A. Ross, « La définition en droit » (1958), trad. par E. Matzner et É. Millard, in *Droit et langues étrangères, Presses Universitaires de Perpignan*, 2000, p. 82. Pour l'article original : A. Ross, « Definition in Legal Language, *Logique et analyse*, vol. 1, n° 3-4, 1958, pp. 139-149.

<sup>228</sup> A. Ross, « Tû-tû », *op. cit.*, p. 107.

<sup>229</sup> P. Brunet, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 19-28.

<sup>230</sup> A. Ross, « La définition en droit », *op. cit.*, p. 75.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>232</sup> A. Ross, « Sur les concepts d'Etat et d'organes d'Etat en droit constitutionnel », in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, *op. cit.* p. 177. Nous soulignons.

est de transposer, dans le domaine juridique, les principes empiristes jusqu'à leurs conclusions ultimes »<sup>233</sup>. Un langage de la science du droit distinct du langage juridique devient donc indispensable à la réalisation d'une science juridique empirique, car les expressions scientifiques, elles, doivent satisfaire au postulat empiriste : « C'est une interrogation fondamentale de la théorie du droit de savoir si le postulat empiriste est ou non valide par rapport aux propositions théoriques de la science du droit énonçant qu'une certaine règle juridique existe, c'est-à-dire fait partie du droit en vigueur dans un certain pays »<sup>234</sup>.

**47. Cohérence théorique.** - À partir de ces discussions logico-philosophiques, nous pouvons déjà établir des liens théoriques solides unissant la distinction logique entre le langage juridique et le langage de la science du droit, la thèse de l'absence de signification des termes juridiques, la théorie référentialiste de la signification et la théorie d'une science du droit construite à partir du modèle des sciences de la nature. C'est l'idée selon laquelle il fallait une recherche juridique véritablement scientifique qui a motivé les réalistes scandinaves à entreprendre la critique du langage juridique. C'est parce que leur projet épistémologique est empiriste que leur sémantique est référentialiste. Dans la mesure où les termes juridiques apparaissent, par manque de référence ostensible, dépourvus de signification, il devient nécessaire de dissocier le langage juridique du langage de la science du droit, sans quoi le projet initial d'une science empirique ne pourrait être poursuivi.

**48. Normativité de la théorie de la science du droit.** - La théorie de la science du droit, rappelons-le, est résolument *normative*. Elle prétend indiquer aux chercheurs la méthode qu'ils *doivent* suivre et les outils méthodologiques qu'ils *doivent* utiliser afin d'assurer la scientificité de leur démarche, de leurs travaux et de leurs résultats. La normativité de la théorie de la science du droit d'Alf Ross est rendue particulièrement claire par l'exposé synthétique qu'en fait Riccardo Guastini : « (a) la science juridique *doit* être une science empirique ; (b) Son objet *doit* être les faits sociaux, qui sont à la fois les décisions juridictionnelles et l'idéologie normative répandue parmi les juges ; (c) La tâche de la science juridique n'est que la prévision des décisions juridictionnelles futures ; (d) La soi-disant « science juridique », c'est-à-dire l'étude doctrinale ou dogmatique par les juristes modernes et contemporains du droit effectivement pratiquée, n'est pas une science véritable, mais une pratique politique qui vise à influencer les décisions juridictionnelles »<sup>235</sup>. Les deux premières thèses voient leur normativité exprimée par un marqueur déontique. La thèse (c) de la fonction prédictive de la science du droit est sans nul doute celle la plus éloignée de ce qui

---

<sup>233</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. ix.

<sup>234</sup> A. Ross, « La définition en droit », *op. cit.*, p. 76.

<sup>235</sup> R. Guastini, « Alf Ross, une théorie du droit et de la science juridique », in P. Amselek, *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 249. Nous soulignons.

constitue la pratique réelle des chercheurs en droit<sup>236</sup>. La thèse (d) dissocie fort explicitement le projet épistémologique de Ross et la recherche juridique « effectivement pratiquée ». La science du droit d'Alf Ross prend la forme d'un *projet*, non d'une quelconque élucidation de ce que font déjà les chercheurs en droit. La distinction entre le langage du droit et le langage de la science du droit n'est donc pas un état des lieux sémantique, mais une norme méthodologique fondée sur une analyse sémantique : les chercheurs en droit *doivent* employer un langage de nature différente du langage juridique afin d'assurer la scientificité de leurs travaux. La normativité de la théorie de la science du droit des réalistes scandinaves est motivée par la conviction en la pertinence de l'idéal scientifique. Selon cet idéal, d'une part, seule une connaissance scientifique est une véritable connaissance. Si la recherche juridique veut être une authentique activité de connaissance, celle-ci doit revêtir les formes de la scientificité. D'autre part, seule une connaissance empirique dérivée d'observations est une véritable connaissance scientifique.

Jusqu'ici, nous n'avons infirmé aucune thèse, mais nous avons mis en évidence des liens théoriques importants. Nous avons montré les engagements conceptuels qu'on est assez vite conduit à assumer en tenant pour essentielle la distinction entre le langage juridique et le langage de la science du droit. Le postulat de la scientificité suscite, rappelons-le, quelques interrogations légitimes. Pourquoi la recherche en droit devrait-elle respecter les mêmes principes épistémologiques que les sciences de la nature ? Leurs méthodes sont-elles les seules à octroyer le label de scientificité ? Même si l'on laisse ces questions en suspens, nous pouvons toujours nous demander si, parce que les expressions juridiques échouent au test référentialiste, celles-ci sont à considérer comme dépourvues de signification et que cela nécessite bien d'admettre une distinction entre le langage juridique et le langage de la recherche juridique. La thèse selon laquelle les termes juridiques sont dépourvus de signification est vraiment embarrassante. Il est délicat d'expliquer sans sourciller à un juriste que dans « La France est un Etat décentralisé », l'expression "Etat décentralisé" n'a aucune signification véritable, et qu'il se méprend deux fois en affirmant *savoir* ce que le terme *signifie*. Le moins qu'on puisse dire, c'est que la thèse de l'absence de signification des termes juridiques est en franche contrariété avec l'idée que les juristes se font de leur pratique, qu'ils considèrent unanimement comme une pratique conceptuelle. Si un théoricien du droit vient expliquer à un juriste que, selon l'analyse sémantique qu'il vient d'effectuer, l'expression "Etat décentralisé" ne signifie rien du tout parce qu'en toute rigueur il n'existe rien de telle que la « décentralisation », le juriste pensera certainement que le problème ne provient pas de

---

<sup>236</sup> « Ce modèle normatif – la science juridique conçue comme un ensemble de prévisions sur le comportement à venir des organes juridictionnels – ne correspond pas du tout à la soi-disant "science juridique" officielle : il correspond plutôt à la pratique sociale des avocats – dans leurs relations avec les clients, bien entendu – car la prévision des décisions juridictionnelles futures est justement ce que les avocats s'efforcent de faire face à leurs clients », *ibid.*, p. 250.

l'expression juridique ou de l'usage qu'il en fait, mais des principes logico-philosophiques que suit son interlocuteur ou de son incompetence en droit administratif. Cette thèse est également problématique pour le logicien lui-même, puisque son analyse de la signification en droit, en toute rigueur, s'épuise entièrement dans cette seule proposition. La sémantique juridique, une fois qu'on a affirmé que les expressions juridiques n'ont pas de sens, se prive immédiatement de tout intérêt. Or, nous voyons, depuis Ekelöf jusqu'à Ross, que ce n'est pas le cas. Il y a là quelque chose d'à peu près analogue à la situation d'un historien qui viendrait affirmer que « l'histoire n'existe pas » en préambule de l'histoire qu'il va raconter juste après. Il serait difficile de prendre au sérieux la remarque et nous la considérerions comme une façon de parler un peu trop ronflante, une provocation simplement destinée à éveiller notre curiosité.

Nous devons également remarquer chez les réalistes scandinaves un flottement terminologique autour du statut sémantique qu'il faudrait, suivant leurs analyses, conférer aux expressions juridiques. Provocateurs, ils répètent volontiers que les termes juridiques n'ont pas de signification et, lorsqu'il s'agit d'insister sur cette idée, considèrent le contenu des termes juridiques comme des idées superstitieuses, des confusions métaphysiques, des pseudo-concepts idéologiques, ce qui les soustraient à toute catégorie sémantique opérationnelle. En même temps, et notamment chez Olivecrona et Ross, le statut de "concepts juridiques" apparaît régulièrement. Les logiciens s'accordent pourtant à dire que "concept" renvoie au contenu sémantique d'expressions linguistiques, à la signification qu'elles dénotent. On excuserait volontiers ce glissement comme une simple erreur terminologique, ou comme l'effet d'une carence du vocabulaire logique, pour désigner l'étrangeté de ce que recouvrent ces mots pourtant sans contenu, ajouté au fait qu'il serait pesant d'utiliser systématiquement l'expression "pseudo-concepts" ou "soi-disant concepts". Ce flottement terminologique laisse toutefois présumer une ambiguïté dépassant le simple choix des termes. Il y a, à vrai dire, quelque chose d'analogue à la confusion générée par Lundstedt chez Olivecrona quand, après avoir effrontément déclamé que les règles juridiques n'existent pas, il passe le plus clair de son temps à en critiquer le contenu. Les concepts juridiques n'existent pas vraiment, disent-ils, mais ils y feront trop mention pour qu'on puisse les prendre au sérieux. Cette ambiguïté a fait hésiter Ross, qui reviendra sur sa thèse de l'absence de signification des expressions juridiques. Dans un article ultérieur à « *Tû-tû* », il reconnaîtra s'être mal exprimé : « Je soutenais alors que de tels concepts étaient dépourvus de signification. Cette expression ne convient pas. Les énoncés dans lesquels le mot apparaît ont un sens manifeste, et dans cette mesure, le mot également génère un sens. Il est donc plus

exact de dire que le mot ne « représente rien », en ce sens que sa signification ne peut pas être définie par substitution »<sup>237</sup>.

D'aucuns y verraient le signe d'un abandon de la théorie référentialiste. Si c'est vrai, alors Ross aurait été probablement d'accord avec ce qui va suivre : nous devons abandonner la théorie référentialiste, car elle ne permet pas de comprendre l'usage des expressions juridiques. Suggérons que si le contenu de cette thèse est profondément insatisfaisante, c'est parce que la sémantique référentialiste est inadaptée à l'étude de la signification des termes et des énoncés juridiques. C'est une autre conception de la signification, la sémantique inférentialiste, qui permet de comprendre pourquoi nous pouvons pleinement parler de "concepts juridiques" sans avoir l'impression de tordre les mots. Son adoption, nous le verrons, entraîne de nombreuses conséquences pour la philosophie du droit.

---

<sup>237</sup> A. Ross, « Sur les concepts d'Etat... », *op. cit.*, pp. 177-178.

## Chapitre 2

### La sémantique inférentialiste et les concepts juridiques

**49. Concepts juridiques et signification en droit.** - L'école réaliste scandinave, qui inspire encore profondément la philosophie du droit européenne, lui a légué une façon particulière d'aborder les problèmes épistémologiques. La justification d'une science du droit par la dévaluation sémantique de la pratique juridique a eu son succès, car elle est implacable. Si la pratique juridique n'est pas une activité rigoureusement rationnelle, la recherche en droit qui prétend à de véritables connaissances doit impérativement s'en dissocier, et se fonder sur une méthode plus rigoureuse, plus vertueuse. Aujourd'hui, en France, beaucoup d'épistémologues du droit se revendiquent du réalisme scandinave, ou reconnaissent au moins l'importance de certaines de ses thèses<sup>238</sup>, mais ils semblent parfois embarrassés par ses conclusions les plus radicales. On n'a rien fait, par exemple, de l'origine magique de la pratique juridique. Comme on l'a vu, il est par ailleurs délicat de soutenir très longtemps que les expressions juridiques ne signifient rien ou, pire, rien de sérieux. Même Ross, remarque Pierre Brunet, « perçoit très vite les limites de la conception purement référentielle selon laquelle un mot est “mis pour quelque chose d'autre” que lui, est le “tenant lieu” ou encore “représente” une réalité extra-linguistique. S'interrogeant dans “Tû-Tû” sur le sens du mot “droits subjectifs (*rights*)”, il commence par chercher de quelle réalité extra-linguistique ce mot serait le symbole et, comprenant que ce mot n'a pas de référent, il en conclut qu'il est dépourvu de signification. Mais, quelques années plus tard, Ross tempère son jugement en reconnaissant la possibilité pour une expression linguistique d'avoir une signification sans avoir de référent »<sup>239</sup>.

S'il reconnaît qu'il y a des *concepts* juridiques, l'anticognitiviste, désormais plus modéré, n'insistera pas moins sur leur spécificité radicale vis-à-vis des concepts scientifiques. Pour lui, le vocabulaire juridique endosse une fonction principalement *prescriptive*, qui n'est pas celle attendue des concepts scientifiques. La synthèse que les concepts juridiques opèrent entre une « pluralité disjonctive de faits-conditions » et une « pluralité cumulative de faits-conséquences »<sup>240</sup> montre certes une structure logique, mais les énoncés conçus avec ces

---

<sup>238</sup> Véronique Champeil-Desplats, Pierre Brunet, Éric Millard, Alexandre Viala et Michel Troper sont des contributeurs éminents à l'épistémologie juridique française et sont tous, d'une manière ou d'une autre, enclins à se référer à l'empirisme d'Alf Ross.

<sup>239</sup> P. Brunet, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 25.

<sup>240</sup> A. Ross, « La définition en droit » (1958), trad. par E. Matzner et É. Millard, in *Droit et langues étrangères*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, p. 82.

expressions resteront tributaires d'émotions, qu'elles soient relativement confuses ou qu'elles prennent la forme plus structurée de l'idéologie. Les concepts scientifiques, et donc les concepts de la science du droit, doivent au contraire montrer une fonction *descriptive*. Ils doivent se référer à des choses ou à des états de choses, et ce sans les éléments émotionnels ou idéologiques entachant la pensée juridique traditionnelle.

Mais cette sémantique différentielle, opposant ainsi deux ordres de discours, passe sous silence ce qui autorise à dire qu'il y a bien, d'un côté comme de l'autre, des "concepts" dignes de ce nom, qu'ils soient scientifiques ou juridiques. Répondre qu'une *signification* serait à chaque fois attribuable à leurs termes techniques respectifs, mais qu'il s'agirait d'un côté d'une signification prescriptive et, de l'autre, d'une signification descriptive, serait déplacer le problème, car il faudra toujours expliquer en quoi, dans un cas comme dans l'autre, surgit ce que l'on nomme "signification". Juristes et scientifiques semblent faire usage de ce qu'on appelle à bon droit *concepts* et *significations*. On dira volontiers que "patrimoine génétique" a une signification pour les biologistes et que "patrimoine d'affectation" a une signification différente pour les juristes en droit commercial, et nous n'avons pas l'impression de tordre les mots en parlant d'une "signification" dans les deux cas. L'approche *référentialiste*, qui localise la signification dans l'opération de représentation des faits par le langage, ne peut en fournir une explication acceptable parce qu'elle a été conçue dans la perspective de la scientificité du discours, et que le discours juridique n'est pas un discours scientifique.

**50. Inférentialisme contre référentialisme.** - Voulant savoir ce qui fait de nous, êtres humains, des utilisateurs de concepts, Robert Brandom a récemment approfondi une stratégie explicative qui met au premier plan le rôle *expressif* du langage dans nos pratiques sociales, en tant qu'il est pour nous le moyen de « rendre explicite sous la forme de quelque chose qui peut être *dit* ou *pensé* ce qui, autrement, est simplement implicite à ce qui est *fait* »<sup>241</sup>. Dans cette perspective, Brandom ne délaisse pas l'acte de représentation par le langage mais il attribue la priorité à l'acte de rendre explicite sous forme propositionnelle. En effet, selon lui, « il est inutile de demander ce qu'une proposition (ou un contenu représentationnel) est, sans demander en quoi consiste, pour un énoncé, le fait d'exprimer une proposition »<sup>242</sup>. Cette sémantique, dite *inférentialiste*, ne s'en tient pas à la relation entre les mots et les choses, car elle s'intéresse au rôle inférentiel que les expressions linguistiques jouent dans les pratiques sociales qui impliquent de donner et demander des raisons pour nos actions et nos affirmations, c'est-à-dire, en somme, d'argumenter. Dans ce cadre, *faire référence* à un fait, une chose ou un état de chose est envisagé en tant qu'il existe des arguments factuels, qui portent

<sup>241</sup> R. Brandom, *Rendre explicite I. Raisonement, représentation et engagement discursif* (1994), trad. de l'anglais par I. Thomas-Fogiel (dir.), Cerf, coll. Passages, 2010, p. 184.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 180.

sur ce qu'il s'est passé ou comment une chose est. Dans ce contexte, la référence devient un « coup dans un jeu de langage »<sup>243</sup> parmi d'autres dans notre manière de justifier nos affirmations décisives. Dans ce mouvement important pour la philosophie de l'esprit, la référence perd son rôle explicatif principal sur ce qu'est un concept ou une signification. Dans le même déplacement, la représentation pourrait se voir contester le monopole des opérations épistémiques – celles qui nous inclinent à dire que nous *savons* ce que nous disons, ou que nous sommes des *connaisseurs* en notre spécialité, bien qu'elle ne soit pas scientifique.

**51. Pragmatisme et différenciation des pratiques conceptuelles.** - Une sémantique de l'expression pourrait fournir une réponse satisfaisante à ce qui reste dans l'ombre de l'opposition radicale entre les concepts juridiques et les concepts de la science du droit : l'idée qu'il y a, d'un côté comme de l'autre, des concepts. Pour comprendre en quoi le droit est une pratique conceptuelle, nous suivrons les grandes lignes de l'explication de Brandom sur ce qu'est une pratique conceptuelle. Son approche est *pragmatique*, car elle cherche à expliquer « le contenu par l'acte plutôt que l'inverse »<sup>244</sup>, c'est-à-dire le contenu conceptuel d'une expression linguistique par l'usage que l'on en fait. Elle « cherche à expliquer comment *l'emploi* d'expressions linguistiques [leur] confère un contenu conceptuel »<sup>245</sup>. Dans cette perspective, qu'une expression linguistique soit dotée d'un contenu conceptuel revient à ce que ses utilisateurs *font* avec elle, ce dont ils sont *capables* grâce à elle, au sens où cela fait pour eux une différence de *maîtriser* son usage. Il s'agit, comme le proposait déjà Ryle<sup>246</sup> et le réaffirme désormais Claudine Tiercelin<sup>247</sup>, d'aborder la connaissance en termes de savoir-faire, d'aptitudes ou de compétences (*skills*), « d'analyser le fait de *savoir* (ou croire, ou dire) *que* telle ou telle chose est le cas comme un savoir *comment* (être capable de) *faire quelque chose* »<sup>248</sup>.

L'approche de Brandom est aussi *différentielle*, mais dans le sens seulement où elle distingue le conceptuel du non-conceptuel, et non plus le scientifique du non-scientifique : « La discussion cherche à dégager ce qui est spécifique ou caractéristique du conceptuel

<sup>243</sup> « Dénommer est analogue à attacher une étiquette à une chose. On peut dire que c'est une préparation à l'emploi d'un mot. Mais une préparation *en vue de quoi* ? », L. Wittgenstein, *Recherches Philosophiques* (1953), trad. de l'allemand par F. Dastur, M. Elie, J.-L. Gautero, D. Janicaud et E. Rigal, Gallimard, coll. Tel, 2004, §26, p. 41, et « La dénomination est une préparation à la description. Elle n'est pas encore un coup dans le jeu de langage, – pas plus que placer une pièce sur l'échiquier n'est un coup dans une partie d'échecs. On peut dire qu'en dénommant une chose, on n'a encore *rien* fait. Celle-ci n'a de nom que dans le jeu. C'est aussi ce que voulait dire Frege en affirmant qu'un mot n'a de signification que dans le contexte d'une phrase », *ibid.*, §49, p. 55.

<sup>244</sup> R. Brandom, *L'articulation des raisons. Introduction à l'inférentialisme* (2000), trad. de l'anglais par Cl. Tiercelin et J.-P. Cometti, Cerf, coll. Passages, 2009, p. 12.

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> G. Ryle, « Knowing How and Knowing That: The Presidential Address », *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 46, 1945-1946, pp. 1-16.

<sup>247</sup> Cl. Tiercelin, *La connaissance pratique*, Cours au Collège de France, 2014-2015, URL [consulté le 7/10/2018] : <https://www.college-de-france.fr/site/claudine-tiercelin/course-2014-2015.htm>

<sup>248</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 12.

comme tel. Je m'intéresse davantage à ce qui sépare ceux qui font usage de concepts de ceux qui n'en font pas usage, qu'à ce qui les unit »<sup>249</sup>. Il s'agit de trouver les critères permettant de discerner des pratiques conceptuelles de celles qui n'en sont pas comme, par exemple, faire de l'escalade ou cuisiner – et, si l'on prétend que celles-ci en sont, alors l'analyse inférentialiste devra permettre d'en exposer clairement les raisons.

L'analyse inférentialiste nous donnera alors toutes les raisons de penser que la pratique juridique est une pratique conceptuelle. Il faudra insister, d'une part, sur le fait que cette dimension conceptuelle se révèle par le moyen d'une sémantique *générale*, c'est-à-dire qui n'est pas circonscrite au langage juridique en vertu d'étrangetés consacrant sa spécificité vis-à-vis, par exemple, de langages scientifiques ou du langage ordinaire ; d'autre part, que cette sémantique générale présente un air de famille évident avec l'analyse « tû-tû » d'Alf Ross. Cela implique, en creux, que ceux qui s'en sont servis pour démontrer la spécificité du langage juridique ont commis une erreur de circonscription du domaine d'application de leurs analyses. La corrigeant, on transforme la démonstration de la spécificité des concepts juridiques en une élucidation de la dimension conceptuelle de la pratique juridique (**section 1**). Cette erreur de circonscription a probablement été commise parce que l'inférentialisme exhibe clairement la dimension normative des pratiques conceptuelles et qu'on oppose traditionnellement la fonction normative du langage juridique à la fonction descriptive des langages scientifiques. Si toutefois l'on poursuit les conséquences de la généralisation tout juste opérée, on peut reconnaître et prendre la mesure d'à quel point la pratique juridique est une pratique normative *en tant qu'elle est une pratique conceptuelle* (**section 2**). Ainsi, expliquer pourquoi nous pouvons parler à bon droit de *concepts* juridiques conduit à remettre en cause la façon dont le positivisme juridique anticognitivistique a instrumentalisé la sémantique pour justifier, par des distinctions apparemment claires et évidentes, l'opposition entre le droit et la science du droit.

## **Section 1 : La généralité de la sémantique inférentialiste et le langage juridique**

L'explication inférentialiste de la signification confirme la nature conceptuelle de la pratique juridique. Avec elle, on reconnaît que les juristes sont véritablement aux prises avec des concepts, et dans un sens non affaibli ou distordu qu'aurait "concept" en conséquence d'irréductibles spécificités. Avec elle, la pratique juridique est une pratique conceptuelle au même titre que celles auxquelles on attribue le statut épistémologique de science. Suivant Brandom, nous pouvons prendre appui sur la fonction classificatoire de la connaissance

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 11.

conceptuelle (§1) pour montrer le rôle inférentiel que le contenu des expressions linguistiques joue dans un raisonnement ou une argumentation (§2). Nous ne manquerons pas d'apercevoir que la structure inférentielle des expressions linguistiques *en général*, telle qu'elle a pu être modélisée par Michael Dummett, montre un air de famille évident avec l'analyse d'Alf Ross de la fonction pratique des termes juridiques : le contenu conceptuel d'une expression linguistique peut être systématisé par l'expression des circonstances et conséquences de son application. De cette perspective, les investigations réalistes n'ont pas démontré la spécificité du langage juridique, mais au contraire la nature conceptuelle de la pratique juridique (§3).

## §1. La classification conceptuelle

**52. Universalité et généralité des concepts.** - Une caractéristique traditionnellement attribuée à la connaissance conceptuelle est qu'elle « implique essentiellement la généralité et l'universalité »<sup>250</sup>. Aristote présente cette idée dans les *Seconds Analytiques* : « Quand l'une des choses spécifiquement indifférenciées s'arrête dans l'âme, on se trouve en présence d'une première notion universelle ; car bien que l'acte de perception ait pour objet l'individu, la sensation n'en porte pas moins sur l'universel [...] Puis, parmi ces premières notions universelles, un nouvel arrêt se produit dans l'âme, jusqu'à ce que s'y arrêtent enfin les notions impartageables et véritablement universelles : ainsi, telle espèce d'animal est une étape vers le genre animal, et cette dernière notion est elle-même une étape vers une notion plus haute »<sup>251</sup>. Saint Thomas d'Aquin reprend cette idée dans sa *Somme contre les gentils*<sup>252</sup>. Kant s'appuie sur la généralisation pour opposer l'intuition au concept : « le concept est opposé à l'intuition car c'est une représentation générale ou une représentation de ce qui est commun à plusieurs objets »<sup>253</sup>. C'est donc, selon lui, « une simple tautologie de parler de concepts universels ou communs »<sup>254</sup>. La fonction classificatoire des

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>251</sup> Aristote, *Organon, IV. Seconds analytiques*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2000, 100a.

<sup>252</sup> « Il faut considérer qu'une chose extérieure pensée par nous n'existe pas dans notre intellect selon sa nature propre, mais que c'est son *espèce* qui doit être dans notre intellect, et faire qu'il devienne intellect en acte. Or, existant en acte par une telle *espèce*, comme par une forme propre, il pense la chose elle-même », Thomas d'Aquin, *Somme contre les Gentils, t. 1 : Dieu* (1258), trad. du latin par C. Michon, Flammarion, coll. GF, 1999, ch. 53, p. 53.

<sup>253</sup> E. Kant, *Logique* (1800), trad. de l'allemand par L. Guillermit, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1997, p. 99.

<sup>254</sup> *Ibid.*

concepts, qui renvoie à son étymologie latine “*conceptus*”, « action de contenir, recevoir »<sup>255</sup>, n’a jamais souffert d’aucune contestation<sup>256</sup>.

Sur ce point, Kant insiste sur l’opération « d’abstraction de la différence entre les choses » pour expliquer « l’origine logique des concepts »<sup>257</sup>. Après comparaison<sup>258</sup> et réflexion<sup>259</sup>, nous ignorons la multiplicité des détails qui singularisent inévitablement chacune des maisons particulières (ne serait-ce qu’en considérant leur position dans l’espace ou dans le temps) pour que “maison” par la subsistance de traits communs, puisse être appliqué à toutes. La définition aristotélicienne, en associant le *genre commun des choses* par lequel on assimile des cas à d’autres et la *différence spécifique* qui les dissocie des autres est, dans cette mesure, un mode d’expression particulièrement commode de ces traits communs<sup>260</sup>. La connaissance conceptuelle permet ainsi ce que les logiciens appellent la *subsomption*, c’est-à-dire l’action de classer des cas, des événements ou des états, uniques et particuliers, au sein d’une catégorie générale et abstraite.

La diversité des catégories d’un langage implique très vite leur systématisme par des relations d’inclusion, d’opposition, d’enchevêtrement, *etc.* La taxonomie offre un exemple caractéristique et bien connu de ce genre de systématisme. Un spécimen, cas particulier, peut être classé dans plusieurs catégories d’espèces naturelles. Azraël, la terreur des Schtroumpfs, peut être qualifié de chat, félin, carnivore, mammifère, vertébré, animal, *etc.* Le choix de la catégorie utilisée pour classer le spécimen dépendra alors d’à quels autres êtres vivants on veut l’opposer : si c’est d’un chien, on précisera que c’est un félin, si c’est d’un lézard, ce sera un mammifère, *etc.*

**53. La classification en droit.** - Le juriste, sur ce point, n’a rien à envier aux spécialistes de la systématique des espèces naturelles<sup>261</sup>. Pour François Génys, « la catégorie

<sup>255</sup> *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, entrée « Concept », n° 1, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.atilf.fr/tlfi>

<sup>256</sup> Les deux thèses qui s’affrontaient dans la querelle des universaux reposent toutes les deux sur cet « arrière-plan commun ». Il était question de savoir « si ces universaux sont formés par abstraction à partir d’une sorte plus primitive de conscience non conceptuelle des particuliers, ou si au contraire la saisie de tels concepts est une précondition de quoi que ce soit qui sera reconnaissable comme conscience tout court », R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, pp. 198-199.

<sup>257</sup> E. Kant, *Logique*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>258</sup> « [...] c’est-à-dire la confrontation (*vergleichung*) des représentations entre elles en relation avec l’unité de conscience », *ibid.*, p. 103.

<sup>259</sup> « [...] c’est-à-dire la prise en considération (*ueberlegung*) à la manière dont différentes représentations peuvent être saisies (*begriffen*) en une conscience », *ibid.*

<sup>260</sup> Aristote, *Organon, I. Catégories*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2000, pp. 4-5 et pp. 7-20.

<sup>261</sup> Pour aller plus loin, voir M. Cumyn, « La classification des catégories juridiques en droit comparé. Métaphores taxonomiques », *Revue du Notariat*, n° 111, 2009, pp. 2-36 ; P. Birks, « Equity in the Modern Law : An Exercise in Taxonomy », *University of Western Australia Law Review*, n° 26, 1996, pp. 1-99 ; J. Vanderlinden, « À propos des catégories du droit ou propos décousus d’un juriste arboricole contemplant un jardin de roses rampantes », *Revue de la Common Law en français*, n° 2, 1999, pp. 301-330.

juridique [...] constitue, en vertu des définitions et des classifications qu'elle implique, comme le centre de toute la technique fondamentale du droit »<sup>262</sup>. En droit, la subsomption est appelée « qualification juridique » et elle constitue un aspect essentiel du travail conceptuel des juristes. Les codes, les traités, les constitutions, les décisions de justice, les manuels, les articles juridiques, *etc.*, regorgent de définitions qui déterminent la façon dont on doit subsumer des cas sous des catégories<sup>263</sup>. Le Code pénal, par exemple, définit le “vol” comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui<sup>264</sup>. Les éléments constitutifs de l'infraction étant déterminés, un juriste peut qualifier un acte de “vol” lorsque celui-ci satisfait aux critères énoncés.

L'opération de qualification juridique, comme la classification des espèces, peut s'avérer périlleuse vu la subtilité des catégories juridiques et l'hétérogénéité des cas juridiques soumis à la décision des juges. Cette complexité rend nécessaire le travail de distinction des catégories les plus connexes, mettant en évidence des critères par lesquels elles s'opposent sur un même point<sup>265</sup>. C'est le cas, en droit de l'Union européenne, des “taxes d'effet équivalent aux droits de douane”<sup>266</sup> et des “impositions intérieures”<sup>267</sup>. Ces pratiques sont toutes deux des taxes d'origine étatique, mais elles se distinguent par le critère de leur *fait générateur* : une taxe d'origine étatique est une taxe d'effet équivalent aux droits de douane si son fait générateur est un franchissement de frontière. Les catégories juridiques présentent également des relations d'inclusion. Ainsi, en droit des contrats, “le dol”, “la violence” et “l'erreur” sont les trois catégories dans la catégorie générale des “vices du

<sup>262</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3 (1921), Wentworth Press, 2016, §213, cité par J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 257.

<sup>263</sup> Pour aller plus loin, voir G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s. ; M. Devinat, « Les définitions dans les codes civils », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 519-531 ; *Contra* : F. Colonna D'Istria, « Le mythe des définitions dans la loi. Exemples de droit des obligations », in J.-Y. Chérot, S. Cimamonti, L. Tranchant et J. Trémeau (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2013, pp. 61-89.

<sup>264</sup> Article 311-1 du Code pénal.

<sup>265</sup> M.-L. Mathieu-Izorche, « Réflexions sur la distinction », in P.-H. Antonmattei (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Lexis-Nexis/Litec, 1998, pp. 53-68.

<sup>266</sup> La taxe d'effet équivalent aux droits de douane est définie par la Cour de justice des Communautés européennes comme « une charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation ou sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, [...] alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale », Cour de justice des Communautés européennes, 1<sup>er</sup> juillet 1969, C-24-68, *Commission c/ République italienne*.

<sup>267</sup> L'imposition intérieure est ainsi définie par la Cour de justice des Communautés européennes : « une charge à l'importation ne constitue une imposition intérieure [...] que si elle fait partie d'un système général appréhendant systématiquement des catégories de produits selon des critères objectifs appliqués indépendamment de l'origine des produits », Cour de justice des Communautés européennes, 9 novembre 1983, C-158-82, *Commission c/ Danemark*.

consentement”<sup>268</sup>. Les subtilités de la classification juridique sont innombrables, comme en témoignent certaines études approfondies<sup>269</sup>.

**54. Nature et régime juridiques.** - Le travail des juristes autour des classifications, des définitions et des critères d’abstraction n’est ni innocent, ni fortuit ; un juriste ne classe pas pour la beauté du geste. Cette opération est cruciale parce qu’à chaque catégorie est assigné un régime juridique spécifique. Sur ce point, Jean-Louis Bergel affirme qu’« il faut [...] poser en principe que toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature implique une différence de régime »<sup>270</sup>. Si la distinction entre les taxes d’effet équivalent aux droits de douanes et les impositions intérieures importe, c’est parce que les premières sont rigoureusement interdites entre les États membres de l’Union tandis que les secondes sont autorisées par principe. De la même manière, la question de savoir si l’embryon, ou le fœtus, est une “personne” est sans intérêt pour les spécialistes de la reproduction humaine, mais elle est pertinente pour les juristes car l’article 2 de la Convention européenne des droits de l’Homme oblige les États membres du Conseil de l’Europe à protéger la vie des *personnes*. Derrière la nature juridique du fœtus surgit immédiatement la question de la possibilité pour un État d’autoriser l’interruption volontaire de grossesse<sup>271</sup>. Ainsi, la classification juridique a pour raison pratique le traitement d’un cas problématique : « L’activité constante du juriste consiste à déterminer la ou les catégories recouvrant des cas concrets pour découvrir les règles qui s’y appliquent »<sup>272</sup>.

On pourrait croire que cette règle méthodologique ne s’applique qu’aux catégories les plus précises. Pourtant, les catégories juridiques les plus fondamentales sont aussi déterminées en fonction d’une unité de régime. Il en est ainsi des catégories d’“État” en droit international, d’“administration” en droit administratif, de “Constitution” en droit constitutionnel. Aussi, bien que la question de la nature juridique de l’Union européenne (est-elle un État fédéral ou une organisation internationale ?) semble insoluble pour certains, le choix d’une qualification au détriment de l’autre emporte un régime juridique fondamental

<sup>268</sup> « L’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes », article 1130 du Code civil.

<sup>269</sup> Voir tout particulièrement Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 11, 1966, pp. 25-43.

<sup>270</sup> J.-L. Bergel, « Différence de nature... », *op. cit.*, p. 258. Pour aller plus loin, F. Rouvière, « Le revers du principe “différence de nature (égale) différence de régime” », in *Le droit entre autonomie et ouverture...*, *op. cit.*, pp. 415-448.

<sup>271</sup> Dans son arrêt du 8 juillet 2004, Req. n° 53924/00, *Vo c/ France*, la Cour européenne des droits de l’Homme « est convaincue qu’il n’est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l’abstrait à la question de savoir si l’enfant à naître est une « personne » au sens de l’article 2 de la Convention », §85, jugeant qu’il n’est pas de son ressort de traiter de cette question controversée à la place des États membres de la Convention : « au plan européen, la Cour observe que la question de la nature et du statut de l’embryon et/ou du fœtus ne fait pas l’objet d’un consensus », *ibid.*, §84.

<sup>272</sup> J.-L. Bergel, « Différence de nature... », *op. cit.*, p. 260.

emportant de multiples conséquences sur l'organisation juridictionnelle, la compétence des institutions politiques, *etc*<sup>273</sup>. Comme le précise encore Jean-Louis Bergel, « ce passage systématique du particulier au général et du concret à l'abstrait s'opère aussi bien, au niveau le plus élevé, à la recherche des grandes synthèses qu'au niveau le plus immédiat, *pour la solution d'une difficulté pratique* »<sup>274</sup>.

**55. Artificialité et intérêt des concepts.** - Les classifications juridiques passent pour particulièrement artificielles car elles sont *construites* pour l'action et la décision juridiques. C'est vrai, mais ce serait une erreur de croire qu'elles le sont moins que les autres classifications. La taxonomie, par exemple, est une classification des espèces naturelles, et non une classification naturelle des espèces. Elle a pour intérêt pratique de reconnaître efficacement un spécimen et de savoir par avance quelles sont ses caractéristiques pour son étude et notre attitude à son égard : l'exploitation, la fuite, ou l'observation attentive par les passionnés. Plus ordinaire, la distribution des champignons ou des baies dans les catégories "toxique", "indigeste" et "comestible" est opérée pour que le cueilleur soit attentif à ceux qu'il touche ou mange. En ce sens, la classification conceptuelle est toujours une classification *intéressée*. Conformément à la seconde étymologie de "concepts", les concepts ne sont pas les attributs naturels des choses. Ils sont *conçus* (en latin « *concipere* »)<sup>275</sup>, *construits* pour la détermination de l'action, c'est-à-dire pour adapter notre attitude vis-à-vis des cas qui surgissent dans notre vie.

Qu'un intérêt pratique préside à la formation des catégories conceptuelles explique pourquoi un même cas peut se subsumer, selon le problème envisagé, en des catégories alternatives. Telle personne sera considérée comme "justiciable" pour reconnaître sa capacité à ester en justice, comme "citoyen" pour insister sur ses droits politiques, comme "travailleur européen" pour mettre en évidence son droit de séjourner plus de trois mois sans condition dans un État membre de l'Union européenne. De la même façon, tel arbre est vu comme un "abri sûr" pour celui qui veut se protéger de la pluie et comme un "fruitier comestible" pour celui qui cherche à se nourrir. Nous pouvons ainsi attribuer à l'usage de concepts la fonction pratique de déterminer des « réponses réitérables »<sup>276</sup>. À l'occasion d'un problème pratique d'un certain type (le problème de la légalité du séjour d'un ressortissant de l'Union européenne, ou celui de la dangerosité de la consommation d'une baie), si nous sommes en présence d'un *x*, nous pouvons à chaque fois agir de façon *y*, corrélation qu'on peut formaliser

<sup>273</sup> Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 6<sup>e</sup> édition, 2016.

<sup>274</sup> J. L. Bergel, « Différence de nature... », *op. cit.*, p. 260. Nous soulignons. Jean-Louis Bergel ajoute que cette règle « s'impose au praticien, comme au chercheur ou au législateur ».

<sup>275</sup> *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, entrée « Concept », URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.atilf.fr/tlfi>

<sup>276</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 199.

par un hypothétique conditionnel « si x, alors y ». Réguler l'action face à l'infinité des cas est une caractéristique importante des catégories à l'œuvre dans les pratiques conceptuelles.

## §2. Le rôle inférentiel des expressions linguistiques

**56. Insuffisance de la classification dans l'explication du conceptuel.** - Considérant la construction d'innombrables catégories juridiques, le caractère incontournable de l'opération de qualification dans le travail des juristes et la règle méthodologique « nature juridique (égale) régime juridique », le droit pourrait bien constituer l'exemple-type auquel un logicien aimerait recourir pour mettre en valeur la fonction classificatoire des concepts. Mais la question reste de savoir si cette fonction pratique suffit à distinguer les pratiques conceptuelles de celles qui n'en sont pas. Supposer que l'unité de l'action et les réponses réitérables constituent l'atout *exclusif* de l'usage de concepts implique soit une version chaotique du non-conceptuel et du comportement des êtres vivants apparemment dépourvus de compétences conceptuelles, soit une approche attribuant de façon beaucoup trop laxiste l'usage de concepts. Il n'est pas nécessaire de maîtriser des concepts pour agir de la même manière devant des cas similaires. Dans certaines hypothèses, nous serions presque tentés de voir en cette régularité la condition d'émergence d'un concept. Nous disons de choses ou d'événements qu'ils sont un "danger de mort", mais nous fuyons ces dangers avant de les concevoir comme tels. Dans cette perspective, on pourra attribuer une antériorité logique à cette régulation pratique par rapport à la conceptualisation. Robert Brandom affirme qu'« il faut s'attendre à trouver les racines de la classification conceptuelle dans la manière de traiter une chose en pratique comme étant d'une certaine sorte – prendre quelque chose (de particulier) *comme* quelque chose (d'universel), en se comportant à son égard d'une manière qui l'assimile aux autres »<sup>277</sup>. Brandom retrouvera Hegel sur ce point, qui place « une explication du désir animal à la source de la classification : « un animal classe un particulier *comme* nourriture quand il "s'en empare sans ambages et le mange" »<sup>278</sup>. Reconnaître l'usage d'un concept dans des cas pareils serait excessif, d'autant qu'à la limite nous pourrions aller jusqu'à l'admettre pour des minéraux, comme à un morceau de fer qui « répond de manière fiable à un environnement donné en fondant, à un autre en rouillant, et encore à d'autres en chutant »<sup>279</sup>. Pour nous, ce serait une analyse bien trop intellectualisante de nos habitudes les plus élémentaires, comme éviter un obstacle en marchant, retirer notre main d'une surface brûlante ou emprunter un sentier forestier déjà tracé. En bref, « la classification qui opère par l'exercice de dispositions régulières à répondre de manière

<sup>277</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, op. cit., p. 199, citant G. W. F. Hegel, *Phénoménologie de l'Esprit* (1807), trad. J. Hyppolite, t. I, Aubier Montaigne, 1941, p. 219.

<sup>278</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, op. cit., p. 200.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 201.

différenciée peut être une condition nécessaire de l'usage de concepts, mais ce n'est clairement pas une condition suffisante »<sup>280</sup>.

Il faut donc se munir d'un critère supplémentaire pour saisir la différence entre les classifications conceptuelles et celles qui sont simplement réactives ou intuitives. Que pouvons-nous faire avec les concepts en plus de réguler nos réponses pratiques et d'unifier notre action ? Une particularité évidente des classifications à l'œuvre dans les pratiques conceptuelles est l'association d'expressions linguistiques aux catégories. La dimension linguistique que revêtent les catégories conceptuelles est un indice puissant de leur spécificité mais elle ne constitue pas en elle-même le critère de démarcation recherché tant que la fonction pratique spécifique que la forme linguistique supporte n'a pas été dégagée. La question est justement de savoir ce qui devient possible, ce que nous faisons de plus par l'expression sous forme linguistique d'une catégorie qui, sinon, n'est qu'implicite dans nos manières d'agir. On doit pouvoir être capable de distinguer celui qui s'abrite directement sous un arbre de celui qui, en plus, le qualifierait d'"abri sûr", sur la base de ce qu'il est, avec cette expression, capable de faire d'autre que de s'abriter sous l'arbre. La même réflexion permettrait de comprendre la différence entre un individu puissant qui, sans un mot, en enferme un autre pendant trois ans, d'un juge qui prononce une peine de trois ans d'incarcération et qui, en plus, emploie les expressions linguistiques "homicide volontaire" et "circonstances atténuantes". Que fait le second que le premier ne fait pas ?

**57. Perroquet, spectrophotomètre et alarme parlants.** - Une bonne façon de saisir la fonction pratique dépendante de l'exercice du langage par l'usage des classifications est de prendre l'exemple-limite d'un être qui répond vocalement, par des mots, à un type de cas, bien qu'on soit à peu près certain de son incapacité à saisir lui-même la signification de ce qu'il prononce. Brandom évoque un spectrophotomètre branché à un magnétophone et un perroquet, chacun programmé et dressé pour vocaliser le son "c'est rouge" lorsque des objets de cette couleur leur sont présentés<sup>281</sup>. L'appareil et l'oiseau présentent tous deux des dispositions fiables à réagir à chaque fois de la même sorte (unité de l'action et réponse réitérable) face à une multiplicité de cas pouvant varier par d'autres aspects que la couleur ou par des nuances négligeables de couleur (généralisation par abstraction) et à prononcer correctement le mot "rouge" (association d'une expression linguistique à la catégorie). Ajoutons un exemple juridique : une alarme est installée dans un musée et scande "vol avec effraction !" à chaque fois qu'une vitre qui protège un objet de collection est brisée. En quoi l'emploi de mots par le spectrophotomètre, le perroquet et l'alarme témoigne d'une compétence vocale mais non d'une authentique compétence conceptuelle ? Pourquoi

---

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 202.

pouvons-nous dire que ces exemples sont des cas de classification réactive et non de classification conceptuelle ?

**58. Maîtrise des pratiques consistant à donner et demander des raisons.** - La réponse proposée par Wilfrid Sellars et reprise par Robert Brandom est la suivante : ce qui leur manque « est la maîtrise des pratiques qui consistent à donner et demander des *raisons* ; pratiques dans lesquelles les réponses peuvent jouer un rôle en tant que *justifications* des croyances et des affirmations »<sup>282</sup>, ainsi que des décisions et des actions. De cette manière et comme l'affirmait Sellars, « en caractérisant comme connaissance un épisode ou un état, nous n'offrons pas une description empirique de cet épisode ou état, mais nous le situons dans l'espace logique des raisons, des justifications et des aptitudes à justifier ce que l'on affirme »<sup>283</sup>. Le spectrophotomètre, grâce au micro dont on l'a muni, peut bien vocaliser le mot "rouge", il n'a pas la compétence pour expliquer ce qu'il dit ni, *a fortiori*, faire usage de cette classification pour en déduire d'autres affirmations. Il est évidemment incapable de l'utiliser correctement au sein de propositions qui peuvent jouer le rôle de prémisses ou de conclusions. Il ne sait pas que l'on peut inférer de la rougeur des objets la conséquence qu'ils sont colorés, qu'ils ne sont pas bleus, et qu'ils peuvent être soit pourpres, soit vermillons. Il n'est pas non plus capable d'expliquer pourquoi il a tiré de son observation de certains cas difficiles (ceux qui, par exemple, étaient foncés et tiraient sur le brun) qu'ils faisaient effectivement partie de la classe des objets rouges. Le spectrophotomètre a simplement *réagi* à des stimuli comme on l'avait programmé, mais n'a pas compris ce que *signifie* le mot qu'il prononce. Il n'a pas « la maîtrise pratique des inférences dans lesquelles ce concept est engagé – savoir, au sens pratique d'être capable de distinguer, ce qui suit de l'applicabilité d'un concept, et ce qu'il suit »<sup>284</sup>.

**59. Le rôle inférentiel des expressions juridiques.** - Ce qui fait le contenu conceptuel – c'est-à-dire la signification – d'une expression linguistique est le rôle inférentiel qu'elle joue dans un raisonnement ou une argumentation. Cette approche, dite inférentialiste, permet d'éclairer les nombreux points d'ombre générés par la conception référentialiste de la signification. En ce qui nous concerne, elle permet déjà de comprendre en quoi les expressions juridiques sont bien dotées d'un contenu conceptuel. L'exemple de "vol avec effraction" est illustratif. L'alarme parlante ne maîtrise pas le concept de "vol avec effraction" ; il faudrait qu'elle soit capable de mieux pour qu'on puisse lui imputer la compréhension de cette expression. Il lui manque la maîtrise des articulations inférentielles auxquelles on s'engage par l'usage de cette expression, maîtrise qu'on peut attribuer à tout juriste aguerri

---

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>283</sup> W. Sellars, *Empirisme et philosophie de l'esprit* (1951), trad. de l'anglais par F. Cayla, préface de R. Rorty, l'Éclat, coll. Tiré à part, 1992, §37, p. 80.

<sup>284</sup> R. Brandom, *Rendre Explicite...*, *op. cit.*, p. 203.

en matière pénale. Un tel juriste est capable de nous préciser que ce genre d'acte est constitutif d'une "infraction" prévue par le Code pénal, et qu'il s'agit plus précisément d'un cas de "vol avec circonstance aggravante". Il peut en inférer l'idée que son auteur encourt au maximum sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende. Il peut également, sachant que le vol est un "délit", en déduire que c'est le tribunal correctionnel qui est "compétent" pour juger l'affaire, que son acte est "prescrit" s'il n'est pas poursuivi pendant 10 ans, que ses "complices" sont également susceptibles d'être poursuivis, *etc.* Il est également en mesure de saisir, mais aussi de demander les raisons pour lesquelles quelqu'un d'autre a qualifié ainsi un cas en présence et, le cas échéant, de les contester, au motif qu'un des éléments constitutifs fait défaut. Savoir faire tout cela, et bien plus encore, c'est pour un juriste savoir ce que signifie "vol avec effraction".

### §3. De la sémantique juridique à la sémantique générale

**60. Les circonstances et les conséquences d'application.** - Une telle explication de la diversité des articulations inférentielles dans lesquelles sont engagées les expressions juridiques pourrait être menée de la même façon avec des termes déjà évoqués : "territoire", "État", "créance", "droit de propriété", *etc.*, mais il serait inutile pour nous d'y procéder. L'analyse scandinave de la fonction pratique des termes juridiques nous a déjà démontré leur rôle inférentiel, et en particulier lorsque leur référence factuelle est difficile à déterminer c'est-à-dire, justement, lorsque l'analyse référentialiste peine à rendre compte de ce que ces termes signifient pour nous. L'articulation inférentielle est ce que Ross a décrit comme « la connexion logique entre une pluralité cumulative de faits-conditions et une pluralité disjonctive de faits-conséquences ». L'erreur de Ross a simplement été de voir en cette fonction pratique la spécificité des expressions juridiques, comme si c'était une compensation de leur absence de signification, alors que c'est au contraire ce qui détermine leur signification *en tant que concept*. L'analyse de cette fonction pratique semblait être circonscrite aux termes juridiques, mais elle constitue l'esquisse d'un modèle d'analyse des contenus conceptuels en général. La possibilité de généraliser pour toutes les expressions linguistiques la présentation fournie par Ross de la fonction pratique des termes juridiques se trouve confirmée par son air de famille avec la modélisation proposée par Michael Dummett<sup>285</sup>, laquelle a justement été érigée par Robert Brandom en un « modèle général des contenus conceptuels comme rôles inférentiels »<sup>286</sup>.

Avec Dummett, Brandom estime que l'on peut convenablement présenter les liens inférentiels impliqués dans l'usage de toute expression linguistique en les résumant à deux

<sup>285</sup> Dummett (M.), *Frege. Philosophy of Language*, Harvard University Press, 2<sup>e</sup> édition., 1993, p. 453.

<sup>286</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 249.

aspects : « les circonstances dans lesquelles [une expression linguistique] est correctement appliquée, énoncée ou utilisée, et les conséquences appropriées pour son application, son énonciation ou son usage »<sup>287</sup>. Comme Ross l'a déjà démontré, cette présentation s'applique à merveille aux expressions juridiques. Dire que la France est un État, c'est affirmer que les conditions nécessaires pour appliquer l'expression "État" sont remplies pour la France ; en droit international, que la France dispose d'un territoire, d'une population, d'une administration permanente et de la souveraineté. Mais c'est aussi affirmer ses conséquences d'application : la France, dans ses relations internationales, dispose d'un certain nombre de droits, comme celui d'octroyer la nationalité, et est soumise à des devoirs, comme assurer la protection des intérêts légitimes des autres États.

Cette structure sert également à exprimer le rôle inférentiel d'expressions qui ne sont pas juridiques. Appliquer à un cas particulier le concept de "chaise solide", c'est à la fois s'engager vis-à-vis des conditions d'application de ce concept au cas, c'est-à-dire pouvoir justifier des raisons pour lesquelles nous affirmons que tel objet est une "chaise solide". Dire "c'est une chaise solide" peut jouer le rôle de raison pour l'affirmation selon laquelle une personne peut s'asseoir dessus sans risquer de tomber (engagement sur la correction des conséquences). Du côté des sciences empiriques, maîtriser le concept minéralogique de "*tellurium*", c'est d'un côté être capable, à partir d'informations sur un fragment minéral, d'affirmer qu'il est composé de l'élément chimique *tellurium* et, d'un autre, pouvoir exprimer les conséquences de cette affirmation en indiquant sa valeur, les précautions à suivre lorsqu'on le manipule, son usage technique potentiel, ou encore en prédisant le comportement de ce fragment s'il est confronté à une charge électrique ou à la présence de tel autre élément chimique, *etc.*

**61. Conséquences d'application.** - La connaissance des circonstances et des conséquences d'application sont toutes les deux indispensables à la maîtrise d'une expression linguistique. Dummett insiste sur l'importance des conséquences d'application : « [Un étudiant] à qui on enseignerait la logique sans imagination pensera peut-être que la classification des arguments en valides et invalides ressemble à la classification des poèmes en sonnets et non-sonnets, et échouera donc peut-être à voir que le fait qu'un argument soit valide donne des raisons d'accepter la conclusion si l'on accepte les prémisses. Naturellement, il faudra dire qu'il aura manqué l'intérêt de la distinction »<sup>288</sup>.

Cornu, auteur du célèbre *Vocabulaire juridique*, le remarque également. S'il commence par dire que son *Vocabulaire* « n'a sans doute pas à exposer de régime juridique, car le régime n'entre pas dans la définition de la notion », il reconnaît très vite que les conséquences

---

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> M. Dummett, *Frege...*, *op. cit.*, p. 455. Nous soulignons.

d'application des termes qu'il détermine contribuent à leur signification, et qu'il ne peut en faire abstraction dans son dictionnaire : « Il s'est avéré impossible d'évacuer la considération des effets de droit que produisent des éléments de l'ordre juridique. Le principe de leurs conséquences entre dans leur définition. Comment définir la violence sans préciser qu'elle constitue un vice du consentement, cause de nullité relative du contrat dont elle affecte la formation ? »<sup>289</sup>.

**62. Circonstances d'application.** - De la même façon, la maîtrise des conséquences d'application est à elle seule insuffisante à la compréhension de ce que signifie une expression. Brandom prend un exemple juridique pour l'illustrer : « Être classé comme déserteur a pour conséquence que l'on est susceptible d'être arrêté, mais les circonstances spécifiques dans lesquelles on s'expose à cela sont également essentielles au concept en question »<sup>290</sup>.

L'analyse que Ross propose de la fonction pratique des termes juridiques satisfait à l'expression rigoureuse des articulations inférentielles dans lesquelles s'ancre l'usage de n'importe quelle expression linguistique, juridique ou non. Ross, en présentant cette fonction pratique comme la spécificité des expressions juridiques, commet une erreur de circonscription. Étendre le périmètre de son explication aux concepts *en général* nous conduit à insister sur la nécessité d'une interprétation pragmatique et expressiviste du modèle conditions/conséquences qui dissipe les malentendus suscités par une version intellectualiste de cette structure d'expression des contenus conceptuels.

**63. Inférentialisme, intellectualisme et contexte d'usage.** - Une objection à laquelle s'expose la conception inférentialiste de la signification consisterait à soutenir que, vu l'infinité des connexions inférentielles que l'on peut faire apparaître autour d'une expression linguistique, ce que l'inférentialisme caractérise comme le contenu conceptuel d'un terme est impossible à saisir par une personne normalement constituée. Il serait, pour un juriste ordinaire, impossible de savoir ce que signifie une expression juridique, au sens où il lui serait impossible d'avoir sa signification à l'esprit. Cet argument est dit *intellectualiste* dans la mesure où il suppose que la signification d'un terme réside pour ainsi dire « dans la tête » des utilisateurs de concepts, comme entièrement mobilisée chaque fois qu'ils en font usage<sup>291</sup>. C'est, rappelons-nous, précisément pour cette raison que Karl Olivecrona rejette la possibilité des conditions *et* des conséquences d'application à constituer, dans leur union, la signification

---

<sup>289</sup> G. Cornu, « Préface » (1987), in G. Cornu et l'Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11<sup>e</sup> édition, 2016, p. xi.

<sup>290</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>291</sup> Ryle critique la localisation de l'esprit dans la tête comme « le mythe du fantôme dans la machine », G. Ryle, *La notion d'esprit* (1949), trad. de l'anglais par S. Stern-Gillet, Payot, coll. Petite bibliothèque, 2005.

de “droit subjectif” : l’expression devait signifier quelque chose de simple pour qu’elle soit mobilisable<sup>292</sup>.

Le constat de l’infinité des connexions inférentielles est sans aucun doute correct. Accordons-nous au moins à dire que, « pour maîtriser un concept, il faut en maîtriser plusieurs », et même beaucoup<sup>293</sup>. L’analyse des concepts par leurs conditions et conséquences d’application implique d’entrée de jeu une conception dite *holiste* de la signification, qui s’oppose à l’approche *atomiste*, telle qu’elle a pu être pratiquée par Bertrand Russell, et à laquelle conduit assez vite l’approche référentialiste<sup>294</sup>. En effet, pour savoir de ce que veut dire “État” en droit international, il faut, du côté des conditions, saisir la signification des expressions “territoire” et “souveraineté” mais aussi, du côté des conséquences, savoir ce que veut dire “intérêt légitime” ou “obligation”. Ces termes, eux aussi, jouent leur rôle inférentiel, et ce rôle peut être exprimé en faisant usage de ces termes. On reste songeur face à la difficulté qu’il y aurait à connaître l’ensemble des liens inférentiels d’expressions comme “souveraineté” ou “obligation”. L’expression de leur contenu conceptuel nécessite l’usage d’autres concepts, et ceci à l’infini ou jusqu’à l’usage de l’ensemble du langage dont ces termes font partie. L’idée suscite vite une image tentaculaire de la signification, où toutes les expressions linguistiques d’un vocabulaire seraient investies dans la détermination de la signification de chacune d’entre elles. La métaphore hologrammique de la signification d’une expression – dans le sens où, comme pour un hologramme, chaque partie contient l’information du tout<sup>295</sup> – impliquerait le paradoxe selon lequel celui qui prétend comprendre ce que signifie une expression devrait avoir en tête une infinité de propositions, et pour cela devrait connaître par avance ce que veut dire la totalité des termes composant le langage dont il fait usage.

Cet argument méconnaît cependant que l’usage d’une expression linguistique s’effectue toujours dans des circonstances précises. Cet usage détermine jusqu’à la nature du cas à traiter, mais celui-ci, en retour, ne suscite l’expression que de certaines propositions, le terme ne jouant son rôle inférentiel que dans le contexte du cas. Ainsi, le terme juridique “marchandise” ne sert jamais au juriste qu’à exprimer quelques inférences, celles qui sont pertinentes pour son argumentation sur le cas, pour le problème à l’occasion duquel il est employé. Quand un juriste traite la question de savoir si l’absence de croûte peut être

---

<sup>292</sup> K. Olivecrona, *De la Loi et de l’État. Une contribution de l’école scandinave à la théorie réaliste du droit* (1940), trad. du suédois par P. B.-G. Jonason, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011, p. 99.

<sup>293</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 204. « En effet, saisir un concept implique la maîtrise des règles de convenance du déplacement inférentiel qui le lient à beaucoup d’autres concepts : ceux dont l’application suit de l’applicabilité du concept en question, ceux dont l’applicabilité entraîne l’applicabilité du concept cible, ceux dont l’applicabilité exclut, ou est exclue, par elle. On ne peut pas être en possession d’un seul concept. », *ibid.*

<sup>294</sup> A. Benmakhlouf, *Bertrand Russell. L’atomisme logique*, PUF, coll. Philosophies, 1998.

<sup>295</sup> E. Morin, *La connaissance de la connaissance*, Seuil, coll. Points Essais, 1986, pp. 101-102.

considérée comme une caractéristique justifiant le refus des autorités françaises de l'usage de l'appellation « emmenthal » pour des marchandises provenant d'autres États membres où elles sont légalement fabriquées et commercialisées sous cette appellation<sup>296</sup>, ce juriste n'a besoin d'exprimer que certains liens inférentiels dans lesquels le terme "marchandise" joue un rôle. Il lui est par exemple inutile *d'avoir à l'esprit* la proposition selon laquelle « les œuvres d'art sont des marchandises »<sup>297</sup>, bien que cette proposition soit une expression possible de la signification du terme en question.

Un juriste n'a jamais besoin d'exprimer toutes les articulations inférentielles d'un terme dont il fait usage. Par conséquent, nous n'avons aucune raison de supposer qu'il ait besoin d'avoir en tête l'ensemble des propositions par lesquelles ce terme peut jouer son rôle inférentiel, c'est-à-dire sa signification, pour qu'il puisse en faire un bon usage. À vrai dire, il n'est même pas utile de supposer qu'un locuteur ait en tête quoi que ce soit : « La maîtrise d'un langage ne passe pas par l'intermédiaire d'états de conscience ou d'une relation à deux termes entre un état mental et le mot particulier »<sup>298</sup>. Sur ce point, nous attribuons une importance décisive au *credo* pragmatiste selon lequel la signification ne réside pas dans l'esprit ou la conscience du locuteur, mais dans les usages et les pratiques linguistiques eux-mêmes : « La thérapie pragmatiste supprime dès à présent cette prééminence logique et chronologique de la signification sur l'usage, qui nous fait aussi croire que savoir et comprendre sont affaire d'états mentaux plutôt que d'aptitudes ou de dispositions »<sup>299</sup>.

Cette idée nous défait de celle selon laquelle les concepts sont des outils mentaux<sup>300</sup> qui doivent en conséquence être *maniabiles pour l'esprit*, de sorte que ce qu'on nomme "signification", ou "contenu conceptuel", n'a plus à s'associer exclusivement à une définition synthétique. C'est ce que veut dire Hart quand il critique, suivant Bentham, la croyance selon laquelle la signification est déterminée par une définition, bien qu'il ait tendance lui aussi à circonscrire son analyse aux termes juridiques, qu'il considère pour cela comme des anomalies<sup>301</sup>. Comme Ross, Hart croit que ses remarques sur les définitions en droit visent

---

<sup>296</sup> Question préjudicielle posée à la Cour de justice des Communautés européennes, 5 décembre 2000, C-448/98, « Ministère public c/ Jean-Pierre Guimont », conclusions de l'avocat général A. Saggio. La Cour en a conclu que « l'article 30 du traité s'oppose à ce qu'un État membre applique aux produits importés d'un autre État membre, où ils sont légalement produits et commercialisés, une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation dans cet État membre d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination "emmenthal" », §35, contre l'avis de son avocat général.

<sup>297</sup> Cour de Justice des Communautés Européennes, 10 décembre 1968, C-7/68, « Commission c/ Italie ».

<sup>298</sup> Cl. Tiercelin, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, PUF, coll. Philosophies, 1993, p. 21.

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> Comme il est parfois tentant de les considérer. Voir, dans ce registre, P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. Le temps du droit, 2012.

<sup>301</sup> H. L. A. Hart, « Definition and Theory in Jurisprudence » (1954), in *Essays in Jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 21-48.

une spécificité du domaine juridique, alors qu'elles peuvent être généralisées à toutes les expressions linguistiques.

**64. Rôle expressif du langage et engagements inférentiels.** - Une approche qui dote ce qu'on nomme "signification" d'un contenu aussi riche permet d'inclure une explication de ce que l'on fait et ce dans quoi on s'engage en affirmant quelque chose, en droit comme ailleurs. En exprimant des affirmations nécessaires à la tenue d'une argumentation, nous rendons explicites certains liens inférentiels, qui, sinon, restent implicites dans la pratique. Cette approche nous permet de saisir ce que fait de plus le juge qui prononcerait une peine de trois ans de prison par l'usage des expressions "homicide volontaire" et "circonstances atténuantes" par rapport à celui qui infligerait sans un mot la même punition. Le premier rend explicite, c'est-à-dire exprime sous forme propositionnelle, les raisons pour lesquelles il considère comme justifiée l'affirmation selon laquelle une peine de trois ans d'incarcération doit être infligée. L'usage des expressions "homicide volontaire" et "circonstances aggravantes" permet au juge de *motiver* sa décision. En faisant usage d'une expression, on s'engage du même coup à l'égard de ce qui reste pourtant implicite dans ce que nous disons. Ainsi, celui qui affirme de champignons qu'ils sont "comestibles" s'engage à l'égard de ce qui suit implicitement cette affirmation, c'est-à-dire qu'on peut les cuisiner et les manger sans danger (conséquence d'application du terme), ainsi qu'à l'égard d'une démonstration qui devrait pouvoir suivre cette affirmation si elle est correcte, comme leur appartenance à telle catégorie de champignons (condition d'application du terme). Si, en constatant l'indigestion de ceux qui s'en sont nourris, celui qui a affirmé qu'ils étaient comestibles se défend en remarquant qu'il n'a jamais dit qu'il était sans danger de les manger, on peut lui reprocher, entre autres choses et en supposant sa bonne foi, de ne pas savoir ce que veut dire l'expression "comestible", de ne pas avoir la maîtrise de son contenu conceptuel.

**65. Maîtrise, aptitude et habileté** - La maîtrise d'une expression linguistique, et donc aussi d'une expression juridique, dépend donc à la fois de l'aptitude à en faire un usage correct dans le cadre d'une argumentation, et de l'habileté à saisir ce à quoi nous nous engageons implicitement par son emploi, dans le sens où nous serions éventuellement capables, si l'on nous le demande, d'exprimer ce qui dans un premier temps était resté implicite dans des affirmations l'impliquant. C'est une aptitude qui n'a plus grand-chose à voir avec l'acquisition d'un contenu simple, synthétisée par une définition, que l'on serait supposé avoir à l'esprit. La maîtrise pratique des connexions inférentielles propres à une expression linguistique « n'est pas une question de tout ou rien »<sup>302</sup> mais elle est, comme les dispositions pratiques à tout savoir-faire, susceptible de varier en intensité, en profondeur, en excellence. L'infinité de niveaux dans la maîtrise d'activités non linguistiques (savoir grimper aux arbres, savoir

---

<sup>302</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, op. cit., p. 254.

cuisiner, savoir jouer aux échecs, savoir réparer une voiture) distinguant les novices des maîtres se retrouve donc également dans la maîtrise de pratiques essentiellement linguistiques comme le droit. Ces degrés dans la maîtrise des expressions juridiques permettent, entre autres, de distinguer l'étudiant en droit du grand juriste, mais aussi le bon étudiant du mauvais.

**66. Empirisme et inférentialisme.** - L'approche inférentialiste, voulant attirer l'attention sur les liens inférentiels entre des propositions exprimées sous forme linguistique, pourrait se voir reprocher d'échouer à rendre compte de l'usage *empirique* de certains termes, sur lequel insistait justement la théorie référentialiste. En réduisant la signification au rôle inférentiel que les expressions linguistiques jouent entre elles, nous ferions apparaître l'image du langage comme d'un système clos sans point de contact avec la réalité dans lequel, nous le savons, il s'ancre pourtant. Cette carence, si elle était effectivement imputable à l'inférentialisme, conduirait à l'interpréter comme une version pragmatico-linguistique de l'idéalisme dont Hägerström combattait les excès en s'assignant la tâche de vérifier la correspondance entre les mots et les choses. Il est donc essentiel de souligner que le modèle pragmatique conditions/conséquences comprend la possibilité pour les circonstances et les conséquences d'application d'une expression linguistique d'être elles-mêmes d'ordre *non linguistique*, en ce que l'application d'une expression linguistique, d'un côté peut être dérivée d'observations, de l'autre peut être suivie d'actions conséquentes.

**67. Circonstances d'application non linguistiques.** - « Il n'est pas nécessaire que les circonstances soient elles-mêmes linguistiques »<sup>303</sup> : elles peuvent être le fruit d'une observation ou d'une expérience vécue. Une des circonstances d'application du terme « turbine à vapeur » est tout simplement qu'on soit en présence d'une telle chose, dans quel cas il est correct d'affirmer : « ceci est une turbine à vapeur » en la montrant. Les comptes rendus d'observation ont aussi leur place au sein de la pratique juridique, surtout en matière pénale. La rédaction d'un procès-verbal, par exemple, offre l'occasion d'un usage de termes juridiques dérivé d'une observation. Tel est le cas lorsqu'un gendarme affirme qu'un véhicule était en "excès de vitesse" ou qu'il affiche une "plaque d'immatriculation dont l'entretien ne permet pas la lecture des inscriptions qu'elle comporte"<sup>304</sup>.

L'approche inférentialiste rend donc compte de l'usage d'expressions linguistiques, y compris d'expressions juridiques, suite à des observations. Pour autant, elle le fait en se distinguant à plusieurs égards de l'approche référentialiste. En particulier, la relation référentielle entre les mots et les choses est expliquée par la relation de dérivation entre l'observation et l'affirmation. Passer ainsi du *fait* observé à l'*acte* d'observer permet la prise

---

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>304</sup> IV de l'article R. 317-8 du Code de la route : « Chaque plaque doit être maintenue dans un état d'entretien permettant la lecture des inscriptions qu'elle comporte ».

en compte des compétences, pas seulement linguistiques, nécessaires à la formulation d'un compte-rendu ainsi que de l'importance du contexte de l'observation. Elle nous permet de prendre nos distances à l'égard du « mythe du donné » dont sont tributaires, selon Sellars, les théories empiristes de la connaissance qui, en négligeant ce contexte et ces compétences, supposerait au contraire les faits donnés et l'observation passive<sup>305</sup>. Concevoir un compte-rendu d'observation correct suppose pourtant des circonstances d'observation suffisantes et, chez le locuteur, une capacité d'application des critères pertinents d'assimilation de tel objet à telle catégorie, ainsi que de dispositions fiables à l'observation. Pour dire « ceci est une turbine à vapeur » devant une turbine à vapeur, celle-ci doit être visible et l'observateur savoir faire la différence entre une turbine à vapeur et une turbine à gaz. Le gendarme, pour constater l'excès de vitesse, doit disposer d'un appareil radar qui mesure la vitesse et doit connaître la vitesse maximale autorisée sur la route sur laquelle il se trouve.

**68. Usages empiriques incorrects.** - La prise en compte des compétences et du contexte d'un usage d'une expression linguistique dérivé d'une observation nous permet en outre d'intégrer dans l'explication sémantique la possibilité, même dans ce cas, d'une mauvaise application de celle-ci, ou en tout cas qu'un compte rendu d'observation puisse faire l'objet d'une contestation ou d'une discussion. La théorie référentialiste concentrait son attention sur l'usage empirique réussi des termes linguistiques sans envisager l'hypothèse d'une application incorrecte, si le contexte rendait l'observation difficile ou trompeuse, ou si l'observateur ne maîtrisait pas suffisamment les concepts nécessaires à l'expression d'un compte-rendu correct de ce qu'il a observé. Or une mauvaise application d'une expression linguistique reste un usage de celle-ci. Dire d'une chose qu'elle est « rouge vif » est un usage de cette expression, même si ce à quoi il est fait référence est d'une autre couleur. Il est essentiel que les applications incorrectes ou contestables puissent être intégrées dans une analyse des pratiques conceptuelles dans la mesure où ces défaillances constituent parfois le point fort d'une argumentation contraire, comme c'est le cas en droit lorsque la discussion juridique se cristallise autour de la pertinence d'une qualification juridique des faits, d'une chose, d'un acte. On retrouve ce type d'argument dans l'affaire *Gomel*, jugée par le Conseil d'État le 4 avril 1914<sup>306</sup>. En l'espèce, le préfet de la Seine avait refusé d'octroyer à M. Gomel le permis de construire un bâtiment d'habitation sur la place Beauvau au motif que cette place constituait une « perspective monumentale », ceci en référence à une loi conférant au préfet le droit de refuser le permis de construire au cas où le projet présenté porterait atteinte à une « perspective monumentale ». Le Conseil d'État annule alors l'arrêté préfectoral sur le fondement d'une erreur de qualification juridique des faits en ce que la place en question n'offrait pas, selon lui, une telle perspective. Le désaccord a donc porté sur le fait de savoir si

---

<sup>305</sup> W. Sellars, *Empirisme...*, *op. cit.*

<sup>306</sup> Conseil d'État, 4 avril 1914, n° 55125, *Gomel*.

l'application de cette expression juridique s'applique à la place Beauvau et donc si le préfet en avait fait un usage correct.

#### **69. Des circonstances d'application éventuellement non linguistiques. -**

L'approche inférentialiste se démarque encore du référentialisme en ce qu'elle voit les circonstances d'application non linguistiques comme un type de circonstances d'application secondaire par rapport aux circonstances d'application d'ordre linguistique : elle envisage l'éventualité d'un usage empirique sans pour autant lui accorder la priorité ni, *a fortiori*, l'exclusivité, dans l'analyse sémantique. L'inférentialisme ne revient pas sur l'idée d'étiquetage des choses par des mots mais, en attribuant à l'inférence la priorité dans l'ordre d'explication sémantique, elle voit cet étiquetage comme un coup dans le jeu de donner et demander des raisons. Cela vaut pour un scientifique qui, par exemple, va rédiger un compte-rendu d'observation dans la mesure où ce document pourra servir, à lui comme à d'autres, à confirmer une théorie, à corriger ou réfuter une autre, à formuler une hypothèse inédite, *etc.* Cette idée correspond à la pratique juridique, où des documents comme les procès verbaux vont être le fondement d'inférences pour les juristes qui, plus tard, auront à argumenter sur le cas et rédiger des conclusions. Baudouin Dupret en prend note quand il analyse « la transformation ou traduction d'un récit naturel », le récit d'une victime, « en un compte rendu formalisé », le procès verbal rédigé par l'officier de police<sup>307</sup>. Le récit, écrit-il, « a été transformé en un document intelligible, procéduralement correct et juridiquement pertinent. En tant que document désengagé, le procès-verbal de police anticip[e] une série d'identités, de règles et de critères entretenant une relation logiquement argumentable avec la "situation de la victime", tandis qu'au même moment il omet[...] systématiquement la référence aux détails juridiquement impertinents qui travers[ent] l'histoire »<sup>308</sup>. « Que d'oublis ! Quelle simplification déformante aux yeux de celui qui y était, qui a vu, qui a entendu ! »<sup>309</sup>, s'exclame Atias devant une telle transformation. Ce qui manque d'intérêt pour le juriste, comme ce qui est indifférent au scientifique, n'est pas retranscrit dans le compte-rendu. L'usage référentiel des expressions linguistiques est, à chaque fois, assujéti au rôle inférentiel qu'elles sont en mesure de jouer par la suite.

**70. Conséquences d'application non linguistiques. -** Comme les circonstances, les conséquences d'application ne doivent pas forcément être de nature linguistique. Elles peuvent prendre la forme d'une action non linguistique : « "Conséquences" doit être considéré comme incluant à la fois les pouvoirs inférentiels de l'énoncé et tout ce qui vaut comme agissant sur la base de la vérité de l'énoncé »<sup>310</sup>. Une des conséquences qu'il y avait, en 2016,

<sup>307</sup> B. Dupret, « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et société*, vol. 75, n° 2, 2010, p. 319.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>309</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2015, p. 18.

<sup>310</sup> M. Dummett, *Frege...*, *op. cit.*, cité par R. Brandom, *Rendre explicite... op. cit.*, p. 253.

à affirmer que Hillary Clinton était la “meilleure candidate à l’élection présidentielle” était d’*affirmer* qu’il fallait voter pour elle si on était électeur américain, mais une autre était de *voter* pour elle si on était un électeur américain. En droit, dire d’un bâtiment abandonné qu’il menace ruine, c’est s’engager envers l’*affirmation* selon laquelle il doit être démolì, mais aussi envers la *démolition* elle-même. Penser l’articulation des expressions linguistiques avec des actes non linguistiques dans une explication inférentialiste de la signification suffit pour admettre que l’usage de termes juridiques sont articulés avec des actes potentiellement non linguistiques sans qu’il ne soit besoin de les considérer comme des référents empiriques de l’expression, comme des faits que les termes représentent. Les actions de *payer le prix* et de *délivrer la chose* sont des conséquences nécessaires à l’application de l’expression “vente” dans l’énoncé « Pauline a vendu une voiture à Jeanne ». Cet énoncé exprime à la fois une bonne raison pour nous de *dire* « Jeanne doit payer le prix de cette voiture » et pour Jeanne de *payer le prix*.

Articuler ainsi les actions avec les affirmations en les considérant comme leurs conséquences d’application fait voir que les actions ont, en retour, un contenu conceptuel implicite que l’on peut exprimer par des affirmations. Considérer une action comme correcte, c’est donc en même temps s’engager envers la correction de ses justifications si elles étaient exprimées. Punir son enfant, c’est s’engager envers la correction de l’affirmation selon laquelle il devait être puni, cette affirmation devant elle-même être articulée inférentiellement avec d’autres affirmations tenant le rôle de *raisons* dans l’argumentation que l’on pourrait être amené à fournir. Justifier une action, c’est rendre explicite le contenu conceptuel d’engagements qui sont à l’œuvre même dans nos actes non linguistiques.

L’articulation d’une expression linguistique à des actes non linguistiques se retrouve également s’agissant des expressions non juridiques, qu’elles revêtent un aspect très technique (turbine à vapeur, *tellurium*) ou qu’elles soient plus ordinaires (chaise solide, champignon comestible). La conséquence d’application non linguistique de l’expression *turbine à vapeur* est de *l’installer sur un véhicule* pour lequel on sait que c’est précisément de ce type de turbine dont il a besoin pour fonctionner. La conséquence d’application de l’expression “champignon comestible” est d’*affirmer qu’on peut le manger* (conséquence d’application linguistique), mais aussi de le *manger* (conséquence d’application non linguistique).

**71. Les expressions juridiques : de l’anomalie au cas paradigmatique.** - Le modèle de Ross, qui fait des termes juridiques des connecteurs logiques articulant faits-conditions et faits-conséquences, peut donc être érigé en un modèle général des contenus conceptuels si on l’intègre, après quelques ajustements, dans une sémantique inférentialiste. Cette généralisation, que l’on ne peut obtenir que lorsque l’on quitte l’arrière-plan d’une sémantique référentialiste pour celui de l’inférentialisme, est vecteur pour les concepts

juridiques d'un changement de statut dans l'explication sémantique : ils cessent d'être anormaux. Ils deviennent au contraire d'excellents exemples pour une élucidation des pratiques conceptuelles en général. La prédominance historique du référentialisme comme approche sémantique standard, qu'on peut imputer à des logiciens influents comme Bertrand Russell ou Moritz Shlick, a conduit des théoriciens du droit comme Ross ou Hart à accentuer leur propos autour d'une prétendue anormalité des termes juridiques, et à confirmer l'anticognitivism de rigueur pour la pensée positiviste. On peut bien relever que leurs analyses montrent chez eux des dispositions claires à l'inférentialisme, que cette interprétation semble exagérée dans le cas de Ross<sup>311</sup> ou plus justifiée pour Hart<sup>312</sup>. Tous deux manquent cependant de remarquer que leurs propos sont reductibles à l'égard des termes ordinaires ou scientifiques, et qu'ils expriment donc les principes non d'une sémantique spécifiquement juridique mais d'une sémantique générale. C'est dire aussi que l'application du modèle conditions/conséquences aux expressions juridiques n'a plus la fonction explicative qu'on a eu tendance à lui prêter. Si elle n'a plus pour résultat la spécification des expressions juridiques vis-à-vis des expressions scientifiques, elle réussit là où la sémantique référentialiste, telle que les réalistes scandinaves l'ont menée, avait échoué : elle permet enfin d'expliquer en quoi nous pouvons dire des expressions juridiques qu'elles sont dotées d'un contenu conceptuel, d'une signification.

**72. Pétition de principe.** - La généralisation du modèle conditions/conséquences de Ross à l'ensemble des expressions linguistiques est d'une grande portée. L'articulation sémantique entre conditions et conséquences ne peut plus servir à identifier la spécificité structurelle des termes juridiques car elle met, au contraire, en évidence la nature conceptuelle de la pratique juridique. Plutôt que de constituer un critère satisfaisant de la différence spécifique des concepts juridiques dans la classe générale des concepts, elle permet de mettre en évidence leur appartenance à un genre commun, les concepts, aux côtés des concepts scientifiques. Elle rend compte de ce qu'il y a de *conceptuel* dans les concepts juridiques et non de ce qui témoigne de leur *juridicité*. Michel Troper, nous le savons, distingue pourtant les concepts juridiques et les concepts scientifiques de cette façon : les concepts juridiques n'ont qu'une fonction prescriptive en tant qu'ils permettent l'articulation entre des conditions et des conséquences juridiques, les concepts scientifiques devant assumer une fonction descriptive par la référence aux objets observés<sup>313</sup>. Cette opposition est fallacieuse : elle présente comme des caractéristiques constitutives de catégories de concepts constituées par avance ce qui correspond aux résultats de deux approches sémantiques alternatives, l'inférentialisme et le référentialisme. Il ne s'agit pas d'une opposition de types de concepts,

---

<sup>311</sup> Voir, *contra*, P. Brunet, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification », *op. cit.*

<sup>312</sup> H. L. A. Hart, « Definition and Theory... », *op. cit.*

<sup>313</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. Léviathan, 2011, pp. 256-262.

mais d'une opposition d'explications sémantiques. La relation pragmatique entre conditions et conséquences d'application n'est pas le propre des concepts juridiques, pas plus d'ailleurs que la relation entre une chose et un mot ne l'est des concepts scientifiques. La conception référentialiste est-elle, par ailleurs, si bien adaptée à la pensée scientifique ? En l'appliquant, Berkeley a remarqué que les termes de la physique ne se référaient pas tous à des choses observables, infligeant ainsi à la physique ce que le réalisme, plus tard, fera au droit : « Exactement comme les géomètres qui, pour le bien de leur art, font usage de dispositifs qu'eux-mêmes ne peuvent décrire ou retrouver dans la nature des choses, les mécaniciens font usage de termes abstraits et généraux, imaginant à propos des corps des forces, des actions, des attractions, des poussées, *etc.*, qui sont de première utilité pour les théories et les formules, et aussi pour les calculs d'un mouvement, même si en vérité dans les choses et les corps qui existent véritablement, ils les chercheraient en vain, tout comme les fictions des géomètres, conçues par abstraction mathématique »<sup>314</sup>. Nous pouvons donc seulement remarquer que l'explication inférentialiste a été préférée pour les concepts juridiques quand l'explication référentialiste l'a été pour les concepts scientifiques. Pour autant, ces choix analytiques ne peuvent servir à les distinguer sans qu'il n'y ait deux poids deux mesures. De façon générale, l'application de deux théories différentes à deux ensembles déterminés avant l'analyse ne peut démontrer en quoi ces ensembles sont différents. Cela révèle simplement qu'ils sont, dès le début de l'analyse, *déjà* considérés comme différents. La distinction entre le droit et la science du droit détermine non seulement les thèses épistémologiques en vigueur, mais également, par pétition de principe, les thèses sémantiques qui sont censées la corroborer.

## Section 2 : La normativité sémantique et le langage juridique

**73. Dimension normative.** - Pourquoi a-t-on circonscrit le modèle inférentialiste aux expressions juridiques, continuant à penser qu'en son application réussie résidait la spécificité du langage juridique ? Remarquons, c'est une piste, que l'analyse inférentialiste des pratiques conceptuelles exhibe fort clairement la façon dont l'usage des expressions linguistiques consiste en l'application de règles. Elle suggère que « la notion même de signification ne se conçoit pas indépendamment de toute dimension normative »<sup>315</sup>. Or les définitions positivistes du droit se rejoignent toutes sur un critère essentiel : l'objet d'étude de la recherche juridique s'identifie par sa normativité, il est formé de règles, de normes, de prescriptions, de commandements, d'impératifs. Rien ne serait, au contraire, plus étranger à

<sup>314</sup> G. Berkeley, *De motu* (1738), in A. A. Luce et T. E. Jessop (dir.), *The Works of George Berkeley, Bishop of Cloyne*, éd. Thomas Nelson, 1948-1957, section 38, cité par R. J. Brook, *Berkeley's Philosophy of science*, éd. Martinus Nijhoff, coll. Archives internationales d'histoire des idées, 1973, p. 118.

<sup>315</sup> J.-P. Cometti, « Qu'est-ce qu'une règle ? », *Éducation et didactique*, 2008, vol. 2, n° 2, p. 142.

la science, dont les énoncés sont symétriquement conçus comme l'expression de propositions, de déclaratifs, de descriptions, d'affirmations, de représentations. Pour Hans Kelsen, par exemple, le droit est « un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »<sup>316</sup>. C'est pour affirmer, en contrepartie, que « les propositions par lesquelles la science du droit décrit [ce système de normes] sont des propositions de droit (*Rechtssätze*) »<sup>317</sup>. L'adoption courante de telles conceptions du droit et de la science semble avoir favorisé la circonscription de l'analyse inférentialiste aux concepts juridiques. L'analyse inférentialiste permet d'insister comme il se doit sur la fonction normative de l'activité juridique, laissant l'analyse référentialiste se maintenir à l'endroit du langage scientifique quand il faut, au contraire, insister sur la fonction descriptive et représentationnelle du génie scientifique – et la possibilité de son éclosion dans le domaine juridique.

Que le droit soit fait de normes et la science de propositions est une thèse sémantique extrêmement classique. Elle est souvent mobilisée quand il s'agit d'expliquer l'opposition de principe du droit et de la science du droit. Elle réalise le prolongement sémantique de la distinction ontologique entre l'être et le devoir-être, grande dichotomie à laquelle on a donné toutes les formes de l'immuable et de l'universel. Les positivistes ont pris l'habitude de l'énoncer en allemand. Ainsi, *Sein* et *Sollen* sont évoqués comme on parle du *yin* et du *yang* ; ils se font face comme ciel et terre dans l'imagination symbolique du cosmos. L'allitération du « *sein* et *sollen* » est si pénétrante qu'elle installe sa dichotomie au cœur de tout langage. *Sein* et *sollen* s'articuleraient alors dans la même structure d'opposition que le oui entretient avec le non, le chaud avec le froid. Polarités fabriquées, les couples *sein* et *sollen*, être et devoir-être, description et prescription, propositions et normes, *etc.*, sont ressassés à l'envi, comme si elles étaient évidentes, comme si elles étaient « donnée[s] immédiatement à notre conscience »<sup>318</sup>.

« Le langage est composé d'énoncés dont les fonctions sont multiples. Pour ce qui concerne la question de la science du droit, on peut se limiter aux fonctions indicative (ou descriptive) et prescriptive. Par la première nous communiquons des informations, nous décrivons le monde ; par la seconde, nous tentons de provoquer des conduites au moyen de commandements, de conseils ou de recommandations. Au moyen du langage descriptif, nous affirmons que quelque chose est ; au moyen du langage prescriptif, que quelque chose doit être »<sup>319</sup>. La cinématique de l'explication est saisissante. À la première phrase est évoquée l'image baroque d'un langage qui permettrait l'expression d'énoncés aux propriétés infinies,

---

<sup>316</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> édition (1962), trad. de l'allemand par H. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 13.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>318</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes* (1976), trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 79.

<sup>319</sup> M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018, p. 27.

dont en tout cas « les fonctions sont multiples »<sup>320</sup> ; à la dernière phrase cependant, le paysage pittoresque s'est évanoui, il a été remplacé par la simplicité d'une opposition duale entre un « langage descriptif » et un « langage normatif ». Entre-temps, il aura fallu « limiter », c'est-à-dire réduire la diversité des possibles en deux pôles. Il ne reste plus alors qu'une « fonction descriptive » et une « fonction prescriptive ». Enfin, les deux fonctions survivantes sont radicalement disjointes. Apparaissent deux langages, auxquels une fonction est attribuée à chacun, si bien que, pour finir, il ne soit plus vraiment question de *fonctions* mais plus directement de *langages*. Lesdites fonctions sont incorporées par métonymie dans des langages qui les incarnent désormais. Elles ont été naturalisées. Les opérations de réduction, de disjonction et d'incorporation sont expéditives. Les gestes sont brusques mais ils sont justifiés par leur mobile. Il fallait faire coïncider la sémantique avec l'opposition du droit et de la science du droit.

Cependant, et si la généralisation du modèle conditions/conséquences est correcte, la dimension normative qu'il associe aux pratiques conceptuelles doit, elle aussi, être généralisée. En effet, l'analyse inférentialiste rend explicite la dimension normative au cœur des pratiques conceptuelles (§1), ce qui nous conduirait à dire, dans un sens, que cette normativité se retrouve à travers l'usage de toute expression, même scientifique. Mais ce serait affirmer, dans un autre sens, que la dimension normative de la pratique juridique – au moins celle que l'analyse sémantique met à jour – dépend non pas de sa nature juridique mais de sa nature conceptuelle. Ce serait, à chaque fois, remettre en cause la justification abstraite de la distinction entre langage juridique et langage de la science du droit par une opposition étanche entre leur fonction prescriptive et fonction descriptive (§2).

## §1. L'expression du contenu conceptuel par des règles

**74. Règles de langage.** - La sémantique inférentialiste met clairement en évidence la dimension normative que les pratiques conceptuelles ont en commun, pour autant qu'elles puissent se distinguer par ailleurs. On rend explicite le contenu conceptuel d'une expression linguistique par des énoncés du type « si x... » (conditions d'application) « ... alors y » (conséquences d'application). La philosophie du langage, au moins depuis les *Recherches philosophiques* de Wittgenstein, aime nommer ces énoncés hypothético-déductifs des *règles*

---

<sup>320</sup> Comparer avec L. Wittgenstein : « Mais combien existe-t-il de catégories de phrases ? L'assertion, l'interrogation et l'ordre peut-être ? – Il y en a d'innombrables, il y a d'innombrables catégories d'emplois différents de ce que nous nommons “signes”, “mots”, “phrases”. Et cette diversité n'est rien de fixe, rien de donné une fois pour toutes. », *Recherches philosophiques* (1953), trad. de l'allemand par F. Dastur, M. Elie, J.-L. Gautero, D. Janicaud et E. Rigal (dir.), Gallimard, coll. Tel, 2004, §23, p. 39. Voir aussi J. R. Searle, *Sens et expression. Études de théorie des actes de langage*, trad. de l'anglais par J. Proust, Les éditions de minuit, coll. Le sens commun, 1982.

*de langage*. Il est possible, en suivant cette forme, d'exprimer la signification de toutes les expressions linguistiques comme celles, par exemple, qu'on emploie en géométrie et en droit, rendant ainsi explicites les circonstances et les conséquences d'application de l'expression.

**75. "Triangle isocèle" et règles de langage.** - On peut exprimer ainsi les circonstances d'usage d'un terme géométrique, "triangle isocèle" :

Si une figure plane formée par trois points et trois segments qui les relient possède au moins deux côtés de même longueur, alors c'est un triangle isocèle<sup>321</sup>.

Les figures qui présentent ces caractéristiques *doivent être considérées* comme des triangles isocèles par ceux qui les observent. En revanche, les observateurs d'un triangle *ne peuvent pas dire* qu'il est isocèle si ses trois côtés sont de longueurs différentes. Les conséquences d'application peuvent également être rendues explicites de cette manière :

Si un triangle est isocèle, alors la médiane relative à sa base forme avec elle un angle droit.

Selon cette règle, si on mesure l'angle formé par la médiane et la base d'un triangle et qu'on trouve 70°, on ne doit pas en déduire que c'est un triangle isocèle.

**76. "Droit à la vie" et règles de langage.** - L'usage d'expressions juridiques est également soumis à ce genre de règles. Considérons l'expression "droit à la vie" telle qu'il en est fait mention à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>322</sup> (Convention), qui dispose que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ». Que veut dire "droit à la vie" ? Par cette question, nous demandons : dans quelles circonstances pourra-t-on en faire un usage correct, et quelles conséquences pourra-t-on en tirer ? Les conséquences d'application semblent bien établies : si nous disons d'un État qu'il a respecté le droit à la vie des personnes, nous disons que l'acte dont il est question en l'espèce respecte le droit garanti par la Convention. L'État, dont l'acte a été mis en cause, respecte ses obligations à l'égard du Conseil de l'Europe. À l'inverse, si l'on dit d'un État qu'il a porté atteinte au droit à la vie, cela veut dire que, par un acte contraire à un droit garanti par la Convention, il engage sa responsabilité à l'égard de la victime et du Conseil de l'Europe dont il a ratifié le traité. Voici quelques-unes des conséquences d'application de "droit à la vie" :

Si un État a respecté le droit à la vie, il n'engage pas sa responsabilité à l'égard de la victime et du Conseil de l'Europe.

<sup>321</sup> Dans la suite de notre démonstration, nous abrègerons cette définition par « un triangle est isocèle s'il possède au moins deux côtés de même longueur ».

<sup>322</sup> Nous abrègerons "Convention européenne des droits de l'homme" par "Convention".

Si un État a violé le droit à la vie, il engage sa responsabilité à l'égard de la victime et du Conseil de l'Europe.

Si un État a violé le droit à la vie, on doit dire qu'il engage sa responsabilité et tirer les conséquences de cette responsabilité.

Dans quelles circonstances *peut-on dire* qu'un État a enfreint le droit à la vie ? Pour le Conseil de l'Europe, le respect du droit à la vie par les États implique d'une façon générale que « la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement »<sup>323</sup> : suivant cette règle, on pourrait en déduire que le droit à la vie a été enfreint par un État dans chaque cas où il a eu recours à la force meurtrière. Cependant, la Convention nuance et admet qu'un État a respecté le droit à la vie lorsqu'un éventuel recours à la force a été rendu « absolument nécessaire »<sup>324</sup>. La discussion juridique a donc porté sur ce qui rend absolument nécessaire le recours à la force meurtrière, ce qui implique l'usage du principe de proportionnalité.

Si un État a eu recours à la force meurtrière sans que cela soit absolument nécessaire, alors il a violé le droit à la vie.

Par conséquent, *on doit dire* d'un État qu'il n'a pas respecté le droit à la vie lorsqu'il a eu recours à la force meurtrière sans que cela soit absolument nécessaire. Inversement, *on ne peut pas dire* d'un État qu'il n'a pas respecté le droit à la vie dans le cas où un de ses agents a donné la mort à autrui mais qu'il était absolument nécessaire qu'il eût recours à la force meurtrière.

Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, le « droit à la vie » signifie également qu'un État membre doit « prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »<sup>325</sup>. Là encore, le principe de proportionnalité joue son rôle : il faut que cette obligation « n'impose pas un fardeau insupportable et excessif »<sup>326</sup> aux autorités étatiques. Les États, de cette façon, ne contreviennent au droit à la vie que lorsqu'ils « n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque »<sup>327</sup>.

Si un État n'a pas pris les mesures raisonnables qui auraient protégé la vie des personnes, alors il n'a pas respecté le droit à la vie.

---

<sup>323</sup> Article 2, §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>324</sup> Article 2, §2 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire ».

<sup>325</sup> Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juin 1998, req. n° 23413/94, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, §36.

<sup>326</sup> Cour européenne des droits de l'Homme, 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, *Osman c. Royaume-Uni*, §116.

<sup>327</sup> *Ibid.*

En revanche, un requérant *ne peut pas* se fonder sur cette disposition pour contester la réglementation d'un État membre qui interdit et punit l'aide au suicide, comme le prétendait la requérante dans l'affaire *Pretty c/ Royaume-Uni*<sup>328</sup>. Cette prétention est résumée par la Cour : « L'article 2 reconnaîtrait qu'il appartient à l'individu de choisir de continuer ou de cesser de vivre et il garantirait, comme corollaire du droit à la vie, un droit à mourir de façon à éviter une souffrance et une indignité inéluctables »<sup>329</sup>. Sur ce point, la Cour confesse qu'elle « n'est pas persuadée que le "droit à la vie" garanti par l'article 2 puisse s'interpréter comme comportant un aspect négatif »<sup>330</sup>. Elle affirme ensuite plus clairement, parce que c'est une juridiction et qu'elle doit trancher, que le droit à la vie n'emporte pas un droit à la mort : « L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie »<sup>331</sup>. Pour cette raison, la Cour considère comme incorrect l'usage de l'expression "droit à la vie" tel qu'on peut le trouver dans des prétentions de la requérante : ce serait, comme elle dit, une *distorsion de langage*. En conclusion, la Cour considère qu'on *ne peut pas dire* de la Grande-Bretagne qu'elle a, en l'espèce, violé l'article 2 de la Convention.

**77. Normativité et dimension conceptuelle.** - Dans l'exemple géométrique comme dans l'exemple juridique, nous avons employé des formules normatives, déontiques : "doivent être considérées comme", "on ne doit pas déduire", "on ne peut pas dire", *etc.* Elles rendaient bien compte de la normativité du contenu conceptuel des expressions dont il était question. Le langage juridique supporte facilement l'application d'une conception normative des contenus conceptuels car les règles d'inférence déterminant l'usage de "droit à la vie" coïncident avec les règles juridiques. Pour autant, nous remarquons des règles dans les deux exemples : des règles géométriques dans un cas, des règles juridiques dans l'autre.

## §2. La normativité juridique par la normativité conceptuelle

**78. Une conception expressive des règles.** - L'opposition logique entre l'être et le devoir-être se dresse contre une normativité linguistique commune en postulant la nature normative des énoncés juridiques et la nature propositionnelle des énoncés scientifiques. Cette dichotomie entre normes et propositions « ne peut pas être expliquée davantage »<sup>332</sup>, admet Kelsen. Nous ne pourrions pas en douter car, ajoute-t-il, « elle est donnée à notre

<sup>328</sup> Cour européenne des droits de l'Homme, 29 juillet 2002, req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

<sup>329</sup> *Ibid.*, §35.

<sup>330</sup> *Ibid.*, §39.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 14.

conscience de façon immédiate »<sup>333</sup>. Cette répartition, définitive dans son principe, correspond à une conception *hylétique* des règles. Elle suppose que « le caractère normatif d'un énoncé dépend de sa signification propre »<sup>334</sup>, tout comme serait le caractère propositionnel d'autres énoncés : « Selon la conception hylétique, les normes sont des entités analogues aux propositions, c'est-à-dire les significations de certaines expressions, que l'on nommerait des énoncés normatifs. Un énoncé normatif est l'expression linguistique d'une norme, et une norme est dite être la signification d'un énoncé normatif de la même façon qu'une proposition est considérée comme la signification (le sens) d'un énoncé descriptif »<sup>335</sup>.

Mais, suivant une conception *expressive* des règles, les actes de langage n'ont pas de propriétés déterminées par avance. Ils cessent d'être répartis une fois pour toutes en énoncés normatifs et énoncés propositionnels. Les énoncés ne doivent leurs qualités qu'à l'usage qui en est fait. « Un même énoncé n'est pas en soi normatif ». Au contraire, « sa "normativité" lui est conférée par l'interprétation que l'on en fait et donc la signification qu'on lui attribue »<sup>336</sup>. « Selon la conception expressive, les normes sont le résultat de l'usage prescriptif du langage. Un énoncé exprimant la même proposition peut être employé en différentes occasions pour faire des choses différentes : il peut être affirmé, interrogé, imposé, suggéré, et ainsi de suite. De la performance de ces actes résulteront une affirmation, une question, une conjecture. C'est seulement au niveau pragmatique de l'usage du langage que surgiront des différences entre les affirmations, les questions, les ordres, *etc.* »<sup>337</sup>. Suivant cette idée, Pierre Brunet affirme que « ce qui permet de caractériser un énoncé comme étant une norme dépend du contexte pragmatique dans lequel se trouvent les locuteurs »<sup>338</sup>. Cette précision est importante. Elle suggère qu'un seul et même énoncé, suivant son contexte d'usage, peut être interprété tant comme une règle que comme une proposition. À certaines occasions, nous interprétons des énoncés comme des règles, notamment lorsque nous sommes placés dans un contexte d'évaluation : « Les règles ne s'appliquent pas d'elles-mêmes », remarque Jean-Yves Chérot, « elles ne déterminent la correction d'une action que dans le contexte de pratiques consistant à distinguer les applications correctes des applications incorrectes de la règle »<sup>339</sup>.

Un tel contexte peut se retrouver tant dans l'exemple juridique que dans l'exemple géométrique. Il nous faut, pour éclairer ce point, présenter une première explication de la

---

<sup>333</sup> *Ibid.*

<sup>334</sup> P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme. Sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 201, note 5.

<sup>335</sup> C. E. Alchourrón et E. Bulygin, « The expressive conception of norms » (1981), in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, 2007, p. 384.

<sup>336</sup> P. Brunet, « « Irrationalisme... », *op. cit.*, p. 200.

<sup>337</sup> C. E. Alchourrón et E. Bulygin, « The expressive conception... », *op. cit.*, p. 385.

<sup>338</sup> P. Brunet, « Irrationalisme... », *op. cit.*, p. 200.

<sup>339</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 20.

façon dont les pratiques linguistiques (c'est-à-dire, entre autres, le droit et la géométrie) sont gouvernées par des règles de langage (A). Du point de vue de la logique matérielle, les règles de langage peuvent être comprises comme des règles d'inférence matérielle qui supportent la charge normative que la logique formelle, par une conception formelle des inférences, attribue au vocabulaire logique. De cette façon, adhérer à l'applicabilité de la logique formelle, et en particulier à l'application de la forme syllogistique aux raisonnements juridiques, implique la reconnaissance de la normativité de la pratique juridique *en tant qu'elle est une pratique conceptuelle* (B).

## A. Évaluation et interprétation d'un énoncé comme règle

**79. Évaluation et possibilité d'une transgression.** - On observe en philosophie du droit un fort consensus sur deux caractéristiques qu'une règle revêt irrémédiablement : en tant que règle, elle suppose la possibilité de sa transgression<sup>340</sup> et on ne peut dire d'elle qu'elle est vraie ou fausse<sup>341</sup>. Notre hypothèse est la suivante : si ces deux caractéristiques sont bel et bien essentielles pour considérer un énoncé comme l'expression d'une règle, c'est parce qu'il ne joue le rôle de règle qu'à partir du moment où il est question *d'évaluer* un cas, linguistique ou non, c'est-à-dire quand il importe d'affirmer, dans un cas ressortant de son domaine d'application, si elle a été enfreinte ou correctement suivie. La nécessité d'un contexte d'évaluation pour l'interprétation d'un énoncé comme une règle explique pourquoi les règles doivent pouvoir être enfreintes et pourquoi elles ne peuvent pas être dites vraies ou fausses.

La possibilité d'une transgression est effectivement essentielle pour concevoir un énoncé comme l'expression d'une règle. Il serait en effet absurde de considérer un énoncé comme l'expression d'une règle si l'on n'entrevoit pas en même temps la possibilité, toute improbable soit-elle, de sa transgression. On enfreindrait sinon la méta-règle selon laquelle une règle doit pouvoir être transgressée. À l'inverse, une règle doit également pouvoir être respectée, comme le fait remarquer le Roi au Petit Prince : « Si j'ordonnais à un général de se

---

<sup>340</sup> « Pour qu'il s'agisse véritablement d'une norme, il faut qu'existe la possibilité d'une conduite non-conforme », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 81 ; « La différence entre les propositions descriptives et celles prescriptives réside dans le fait que les premières sont toujours susceptibles d'être vraies ou fausses tandis que les secondes ne le sont jamais. Tout au plus peut-on dire d'une proposition prescriptive qu'elle est juste ou injuste, justifiée ou injustifiée, bonne ou mauvaise, valide ou invalide. Mais cela n'a pas de sens de dire d'une norme ou d'un jugement de valeur qu'ils sont vrais ou faux. Pourquoi ? Tout simplement parce que cette norme ou ce jugement de valeur ne portent pas sur une réalité préexistante mais sur une réalité que l'on souhaite voire advenir », P. Brunet, « Irrationalisme... », *op. cit.*, p. 200.

changer en oiseau de mer, et si le général n'obéissait pas, ce ne serait pas la faute du général. Ce serait ma faute »<sup>342</sup>.

L'énoncé du Code civil « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis »<sup>343</sup> n'aurait pas de sens si d'aventure on l'interprétait comme exprimant la règle « un individu de 15 ans ne doit pas être majeur ». De toute évidence, un citoyen français n'est pas majeur s'il a 15 ans. L'énoncé « un individu de 15 ans ne doit pas être majeur » nous semble pour ainsi dire grammaticalement incorrect. Au contraire, l'énoncé « il est interdit à un mineur de conduire une voiture sans être accompagné » peut être considéré comme l'expression d'une règle car on envisage la possibilité de son infraction. Partir de l'idée d'un rapport étroit entre la règle et l'évaluation permet d'en comprendre la raison : il s'agit de règles car on veut pouvoir dire qu'elles ont été respectées ou qu'elles ont été enfreintes lorsqu'un cas relevant de leur domaine d'application est soumis à notre évaluation par leur usage : « pour qu'il y ait transgression ou reconnaissance d'une transgression, d'une erreur ou d'un écart par rapport à la norme, encore faut-il que l'on puisse se servir de la norme pour évaluer la conduite »<sup>344</sup>.

Il semblerait vain de considérer l'énoncé « un individu de 15 ans ne doit pas être majeur » comme l'expression d'une règle car « cet individu ne devrait pas être majeur parce qu'il a 15 ans » et « cet individu respecte la règle de la majorité car il est mineur et qu'il a 15 ans » nous sont incompréhensibles. S'il est (im)possible de transgresser la règle, il est (im)possible d'évaluer des cas comme corrects ou incorrects vis-à-vis d'elle. Plus exactement, l'impossibilité d'une transgression épuise l'intérêt qu'il y aurait à interpréter un énoncé comme l'expression d'une règle. Nous attachons de l'importance à ce que les règles puissent être transgressées car nous reconnaissons une règle dans un énoncé lorsque nous voulons pouvoir dire d'actes qu'ils lui sont conformes ou qu'ils en sont une mauvaise application.

Nous pourrions avoir quelques réticences à admettre une dimension normative dans l'exemple géométrique. Pour sûr, nous reconnaissons effectivement des règles dans l'exemple juridique : celle selon laquelle « les États doivent respecter la vie des personnes » en est une ; celle, plus précise, selon laquelle « les États, dans le respect de la vie des personnes, peuvent interdire l'assistance au suicide », en est une autre. Il s'agirait là d'énoncés vraiment normatifs car ils peuvent être enfreints. Dans l'exemple géométrique, les choses pourraient sembler bien différentes. En géométrie, des figures sont observées et des *propositions* sont exprimées à leur sujet. Les énoncés « un triangle est isocèle s'il possède au moins deux côtés de même longueur » et « ceci est un triangle isocèle » ne seraient pas des règles mais des propositions : ils ne peuvent être enfreints par les triangles et on peut dire qu'elles sont vraies ou qu'elles

---

<sup>342</sup> A. De Saint-Exupéry, *Le Petit Prince* (1943), Gallimard, coll. Hors série, 1999, pp. 41-42.

<sup>343</sup> Article 488 al. 1 du Code civil.

<sup>344</sup> J.-Y. Chérot, « Suivre une (la) règle », in J.-J. Sueur et P. Richard (dir.), *La transgression*, Bruylant, 2013, p. 365.

sont fausses. Il ne s'agirait de règles que par abus de langage, comme lorsque nous parlons de « lois géométriques », de « lois de la nature ». Ni Dieu, ni maître ne gouverne les polygones or, d'après la formule de Kelsen, « pas d'impératif sans *imperator*, pas de normes sans autorité qui pose les normes, c'est-à-dire pas de norme sans acte de volonté, dont elle est la signification »<sup>345</sup>. Les triangles isocèles n'obéissent pas à un statut qu'il leur serait imposé : ils ne peuvent être autrement que ce qu'ils sont. Si un triangle ne possède pas au moins deux côtés de même longueur, c'est tout simplement qu'il n'est pas isocèle.

L'énoncé « un triangle est isocèle s'il possède au moins deux côtés de même longueur » est pourtant un énoncé interprétable comme une règle en tant qu'il peut être transgressé. C'est le cas lorsqu'un locuteur qualifie d'isocèle une figure qui n'a pas deux côtés de même longueur. Dans cette perspective, *il ne s'agit pas d'une règle à destination des triangles, mais à destination des géomètres*. C'est la raison pour laquelle nous parlons de *règle de langage*, car c'est l'usage de l'expression linguistique "triangle isocèle" que nous évaluons avec elle. De la même façon, la règle selon laquelle « le droit à la vie ne garantit pas un droit à la mort » peut être enfreinte par ceux qui font usage de l'expression "droit à la vie" pour exiger la garantie par l'État des conditions matérielles de l'assistance au suicide. Si nous observons la même démarche qu'à l'égard de l'exemple géométrique, on remarque que, dans cette perspective, la règle ne s'adresse pas aux États, mais aux locuteurs, à ceux qui parlent du respect du droit à la vie par les États, c'est-à-dire aux juristes.

**80. L'évaluation comme l'attribution d'une valeur à un acte (linguistique).** - Le contexte d'évaluation explique également pourquoi on ne dit pas d'une règle qu'elle est vraie ou fausse. Il faudrait cependant nuancer la portée de cette assertion : elle nous incline à attribuer une trop grande importance à la question de la vérité, alors que l'important est de savoir ce qui est évalué.

Si l'on ne dit pas d'une règle qu'elle est vraie ou fausse, c'est parce que lorsqu'un acte linguistique est interprété comme une règle, il n'est pas question de savoir si, dans le contexte où il est considéré comme l'expression d'une proposition ou d'une hypothèse, elle est vraie ou fausse. Cela ne veut pas dire, pour autant, que l'occasion d'évaluer cet acte ne nous est jamais offerte. Simplement, nous ne pouvons pas interpréter un énoncé à la fois comme une règle *et* comme une proposition. Nous devons, à chaque fois, « décider si une proposition est utilisée comme une hypothèse ou comme une règle grammaticale »<sup>346</sup>. Il est possible de le faire consécutivement au sein d'un même raisonnement, par étapes, et c'est ce que nous

<sup>345</sup> H. Kelsen, *Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 315-321.

<sup>346</sup> L. Wittgenstein, « Cahier jaune », in *Les cours de Cambridge. 1932-1935*, éd. A. Ambrose, à partir des notes d'A. Ambrose et de M. Macdonald, trad. de l'allemand par E. Rigal, Trans-Europ-Repress, 1992, p. 70, cité par J. Bouveresse, *La force de la règle. Wittgenstein et l'invention de la nécessité*, Les éditions de Minuit, 1987, p. 145.

faisons lorsque notre raisonnement est élaboré. Nous pouvons évaluer une hypothèse, en nous demandant par exemple si elle est vraie ou fautive puis, une fois admise comme vraie, l'employer comme une règle de langage pour considérer d'autres propositions vis-à-vis d'elle. Cette hypothèse, en tant que proposition, sera évaluée en lui appliquant d'autres règles. Elle le sera peut-être en envisageant son usage potentiel comme règle. Pour autant, au moment où elle est examinée, elle n'est pas considérée comme telle car nous ne pouvons pas évaluer une règle par rapport à elle-même, comme le remarque malicieusement Wittgenstein : « Il est *une* chose dont on ne peut dire ni qu'elle mesure 1 m, ni qu'elle ne mesure pas 1 m, c'est le mètre étalon de Paris »<sup>347</sup>.

Nous le voyons, nous pouvons considérer que la vérité est une *valeur* que l'on attribue à des propositions et qu'en procédant ainsi, nous les *évaluons* en ayant recours à des règles de langage. Ce n'est pas dire, pour autant, que nous décidons de ce qui est vrai et de ce qui est faux, mais que nous élaborons des règles de langage qui nous permettent d'attribuer ou non la valeur de vérité : « Ainsi, vous dites que la conformité des vues humaines décide de ce qui est vrai et de ce qui est faux ? Est vrai et faux ce que les hommes disent l'être, et ils s'accordent dans le langage qu'ils emploient »<sup>348</sup>. Ce n'est pas dire non plus que ces décisions sont arbitraires ou dénuées de fondement car l'énoncé servant de règle peut être considéré comme une hypothèse et être testé. Il est vrai, cependant, que nous ne pouvons reculer indéfiniment de règles en propositions. Tôt ou tard surgira l'instant où, même dans les sciences les plus avancées, « j'ai épuisé les justifications, j'ai atteint le roc dur, et ma bêche se tord »<sup>349</sup>. Quelques énoncés seront axiomatisés, rien n'ayant été trouvé de plus fondamental pour les évaluer. Il se peut que nous soyons incapables de remonter aussi loin la chaîne des raisons ou encore que personne ne nous demande de le faire, car ces énoncés semblent, par eux-mêmes, exprimer quelque chose d'intuitivement raisonnable. Alors nous dirons « c'est ainsi justement que j'agis »<sup>350</sup>, que nous parlons et que nous employons cette expression. Nous pouvons, par ailleurs, le faire sans le dire. Ce n'est pas, dans ce cas, que nous n'ayons pas fait bon usage de la règle, mais simplement que nous ne l'exprimons pas : « employer un terme sans justification ne veut pas dire que nous l'employons à tort »<sup>351</sup>.

Revenons à l'exemple du triangle. La plupart du temps, l'énoncé « un triangle est isocèle s'il possède au moins deux côtés de même longueur » est considéré comme une règle

---

<sup>347</sup> L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, op. cit., §50, p. 55. Pour aller plus loin, J. Bouveresse, « Wittgenstein, Kripke et la longueur du mètre », in J. Sebestik et A. Soulez (dir.), *Wittgenstein et la philosophie aujourd'hui*, Méridiens-Klincksieck, 1992, p. 67-99, reproduit in J. Bouveresse, *Études de philosophie du langage*, Collège de France, Langage et connaissance, 2013, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://books.openedition.org/cdf/1966>.

<sup>348</sup> L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, op. cit., §241, p. 135.

<sup>349</sup> *Ibid.*, §217, p. 131.

<sup>350</sup> *Ibid.*

<sup>351</sup> *Ibid.*, §289, p. 149.

de langage, que l'on appliquera correctement lorsqu'en observant un triangle et mesurant que deux côtés sont de même longueur, on dira en le désignant : « ceci est un triangle isocèle ». Selon cette règle, on *doit dire* d'un triangle qu'il est isocèle s'il possède au moins deux côtés de même longueur. Toutefois, on peut très bien trouver l'occasion de considérer « ceci est un triangle isocèle » comme une règle, notamment lorsque l'instituteur, qui aura maladroitement dessiné son triangle isocèle au tableau, priera ses étudiants de le considérer comme tel. On peut également considérer l'énoncé « un triangle est isocèle s'il possède au moins deux côtés de même longueur », comme une proposition si on entend l'évaluer. L'éventualité n'est pas à exclure : avec la géométrie euclidienne, les géomètres ont longtemps considéré qu'un triangle est isocèle s'il possède *exactement* deux côtés de même longueur. Mais cet énoncé a été évalué en tant que proposition, et les géomètres ont conclu qu'il était préférable de la modifier et d'admettre que les triangles équilatéraux sont aussi des triangles isocèles, dans la mesure où ils revêtent, en plus d'autres qui leur sont exclusives, toutes les caractéristiques des triangles isocèles.

**81. Conformité à la règle.** - Ainsi, ce qui est important n'est pas la question de la vérité mais celle de savoir ce qui est évalué. L'exemple géométrique fournit, là encore, un bon exemple, car un géomètre serait peut-être indisposé à affirmer que l'ancienne définition des triangles isocèles, « un triangle est isocèle s'il possède exactement deux côtés de même longueur », était fausse ou erronée. Il préférera peut-être affirmer qu'elle était moins pratique, moins satisfaisante, moins simple que l'actuelle. Nous voyons bien, ici, que la valeur attribuée aux propositions peut être d'une autre sorte que vériditive. En fonction du domaine de la règle appliquée, elle pourra être nommée de diverses manières : par le binôme du beau et du laid s'il s'agit d'appliquer un canon de beauté, par celui du pieux et du blasphématoire pour une règle de piété, par celui du courtois et du grossier pour une règle de courtoisie, par celui du scientifique et du non-scientifique s'il s'agit d'une règle de démarcation épistémologique, *etc.* Nous avons accordé une grande importance à la valeur de vérité parce que nous avons pris l'habitude d'évaluer avec elle les propositions empiriques et parce que les logiciens ont toujours accordé une grande importance aux propositions empiriques. Cependant, et bien que la question de la vérité des propositions empiriques revêt un intérêt technique et philosophique considérable, nous ne trouvons aucune raison valable pour faire d'elle la seule valeur attribuable aux propositions, ni des propositions empiriques les seules propositions.

De façon générale et sans préciser la valeur conférée, nous pouvons seulement dire que l'évaluation consiste toujours à attribuer à ce qui est évalué la caractéristique d'être conforme ou non conforme à la règle, d'être correct ou incorrect. S'il est admissible d'affirmer qu'une règle n'est ni vraie ni fausse, nous n'avons aucune raison de réserver à la vérité le monopole de la valeur attribuable aux propositions. Nous pouvons seulement dire de façon plus générale qu'une règle, lorsqu'elle est appliquée, n'est ni correcte ni incorrecte, parce que

c'est un autre acte (s'il est linguistique, c'est un énoncé exprimant une proposition) qui fait l'objet d'une telle évaluation.

**82. Règles et propositions juridiques.** - Nous pouvons alors reconnaître des règles dans l'exemple géométrique et des propositions dans l'exemple juridique. L'énoncé « le droit à la vie implique pour les États de devoir protéger la vie des personnes » est employé comme une règle de langage quand elle sert à l'évaluation de la proposition « les États peuvent interdire l'aide au suicide tout en respectant le droit à la vie » (selon la Cour, c'est un usage correct de l'expression "droit à la vie"), ou quand elle sert à l'évaluation de la proposition « pour respecter le droit à la vie, les États ne peuvent pas interdire l'aide au suicide » (usage incorrect), ou encore « pour protéger le droit à la vie, les États doivent garantir l'aide au suicide » (usage incorrect). Dans ce contexte, ces énoncés doivent être interprétés comme exprimant des *propositions juridiques* en tant qu'elles sont évaluées par rapport à une règle de langage juridique. Une fois identifié l'énoncé exprimant la règle déterminant la correction des usages de l'expression "droit à la vie", on pourra évaluer en fonction d'elle la loi étatique qui, devant la Cour, ne sera pas considérée comme la règle à suivre, mais comme une proposition juridique pouvant être dite conforme ou non conforme à la règle. En raison des controverses entourant l'usage des valeurs de vérité et même de justice dans le domaine juridique, nous pourrions préférer conserver la valeur générique de la conformité à la règle. Remarquons toutefois que la dénomination des valeurs en droit ne diffère pas tellement dans son principe de la dénomination des valeurs précédemment énumérées (beau, pieux, courtois, scientifique, *etc.*), puisqu'elle consiste également à conférer à la proposition conforme la valeur dérivée du domaine de la règle. On dira d'une proposition qu'elle est constitutionnelle si elle est conforme à une règle constitutionnelle, qu'elle est réglementaire si elle est conforme à un règlement administratif, qu'elle est conventionnelle si elle est conforme à une convention internationale, *etc.* Puisque « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » est énoncé par une convention internationale (la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), la proposition « les États peuvent interdire l'aide au suicide tout en respectant le droit à la vie » sera évaluée comme conventionnelle.

**83. Contrôle de conformité d'un acte juridique.** - Réintégrer en droit le statut sémantique de *proposition* aux côtés de celui de *règle* peut sembler étrange si nous restons sous l'emprise de l'ontologie normativiste du droit. C'est elle, par exemple, qui conduit à présenter le contrôle *a priori* de constitutionnalité comme un contrôle de norme à norme. Pourtant, au moment où le Conseil constitutionnel procède au contrôle de constitutionnalité *a priori* d'un texte législatif, celui-ci n'est interprété comme une règle par personne : ni en tant que règle de conduite par les justiciables (le texte n'est pas entré en vigueur), ni en tant que règle de langage par le Conseil constitutionnel. Celui-ci procède à l'évaluation d'un acte : le

contrôle de conformité n'est pas un procès fait à une règle, mais, comme disent les administrativistes à propos du recours pour excès de pouvoir, un « procès fait à un acte »<sup>352</sup>, en l'occurrence un acte de langage exprimant des propositions juridiques.

## B. Règles d'inférence matérielle et nécessité logique

**84. Règles d'inférence matérielle et contenu conceptuel.** - En géométrie comme en droit, nous interprétons des énoncés comme des règles de langage parce que la géométrie et le droit sont des pratiques conceptuelles. C'est parce qu'il est fait usage de concepts que des règles linguistiques peuvent être reconnues. Cette normativité est à conférer aux contenus conceptuels puisqu'ils s'expriment par l'énoncé de règles d'usage. « Si un triangle a au moins deux côtés égaux, alors c'est un triangle isocèle » exprime le contenu conceptuel de l'expression géométrique "triangle isocèle", tout comme « si un État interdit l'aide au suicide, alors il ne contrevient pas au droit à la vie des personnes » exprime le contenu conceptuel de l'expression juridique "droit à la vie". Les règles de langage peuvent être qualifiées de *règles d'inférence matérielle*<sup>353</sup> : ce sont des *règles* qui déterminent quelles sont les *inférences* autorisées (ou au contraire interdites) que l'on peut faire avec les expressions dont elles déterminent le *contenu* conceptuel. Avec la sémantique inférentialiste (ou logique matérielle), nous conférons aux contenus conceptuels une dimension normative que la logique formelle classique, comme par exemple avec le syllogisme, réduit au vocabulaire logique en la confinant dans les connecteurs logiques, dans les "si" et les "alors".

**85. Logique formelle et logique matérielle.** - L'intérêt de la logique matérielle vis-à-vis de la logique formelle réside en ce qu'elle attribue la réussite d'un raisonnement non pas à une compétence de type logique, mais à la maîtrise du langage. Savoir qu'on ne peut pas qualifier l'interdiction par un État de l'aide au suicide comme une atteinte au droit à la vie ne témoigne pas tant d'une maîtrise du vocabulaire logique, de compétences logiques, mais plutôt d'une maîtrise du contenu conceptuel de l'expression juridique "droit à la vie", de compétences juridiques : « Il appartient à la saisie et à la maîtrise de ces concepts d'impliquer l'adhésion à ces inférences, indépendamment de toute compétence spécifiquement logique »<sup>354</sup>.

<sup>352</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1896, p. 561.

<sup>353</sup> W. Sellars, « Inference and Meaning » (1953), in K. Sharp et R. Brandom (dir.), *In the Space of Reasons, selected essays of Wilfrid Sellars*, Harvard University Press, 2007, pp. 3-27.

<sup>354</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, op. cit. p. 218.

Ce n'est pas dire que la logique formelle est déficiente et qu'elle doit être abandonnée<sup>355</sup>. Elle est une discipline fantastique dès qu'il s'agit de restituer la cohérence que l'on peut attendre d'une argumentation en formulant les prémisses nécessaires à la conclusion, lesquelles sont parfois occultées alors qu'elles méritent, au contraire, d'être mises à jour pour être évaluées. Il ne faut pas boudier notre plaisir d'avoir, dans le rang des juristes, de fins logiciens maîtrisant la technique difficile de la formalisation. Nous n'avons pas à opposer la logique formelle à la logique matérielle comme si elle remplissait la même fonction, mais ce qu'il faut en revanche reconnaître, c'est que la normativité conceptuelle mise en évidence par l'inférentialisme se retrouve également dans la logique formelle par l'entremise de connecteurs logiques qui établissent des liens strictement nécessaires entre des propositions. Lorsque nous parlons de *nécessité au sens logique*, nous désignons à la fois la normativité confinée dans les connecteurs logiques d'un raisonnement formalisé et la dimension normative des concepts révélée par l'analyse de leur contenu<sup>356</sup>.

La logique formelle, dans son rapport à la logique matérielle, « échange la correction primitive de l'inférence contre la vérité des conditionnels »<sup>357</sup> ; elle opère un « glissement [...] de “suivre” à “suivre logiquement” ». Robert Brandom parle d'un « échange entre les règles et les vérités ». Lorsque nous parlons des compétences rationnelles de *x*, « on peut supposer que *x* a une règle inférentielle menant de *A* à *B* ou nous pouvons attribuer à *x* la croyance en un “théorème” »<sup>358</sup>. On peut dire que *x* maîtrise l'usage de l'expression “triangle isocèle”, tout comme on peut dire que *x* croit que la définition des triangles isocèles qu'il suit est la bonne, et qu'il déduit logiquement de cette définition la qualification d'une figure. L'analyse syllogistique formalisera le raisonnement de cette façon :

*Si* tout triangle possédant au moins deux côtés égaux est un triangle isocèle,  
*et si* *x* est un triangle qui possède au moins deux côtés égaux,  
*alors* *x* est un triangle isocèle<sup>359</sup>.

La normativité disparaît alors des prémisses, qui deviennent des propositions supposées vraies, la nécessité de la conclusion devenant *ipso facto* uniquement formelle. C'est la raison pour laquelle dans cette perspective, nous faisons la distinction entre la validité de la conclusion (correction formelle) et sa vérité (correction matérielle).

<sup>355</sup> Voir, pour une critique de la logique formelle et une apologie de la logique matérielle, S. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1993.

<sup>356</sup> Voir, pour un tel usage du concept de nécessité, J. Bouveresse, *La force de la règle. Wittgenstein et l'invention de la nécessité*, *op. cit.*

<sup>357</sup> R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>359</sup> Tout *A* est *B*, *C* est *A*, donc *C* est *B*.

Reconnaître la correspondance entre la nécessité logique et la normativité des contenus conceptuels est une opération importante car on peut ainsi affirmer que les juristes, en adhérant à l'applicabilité de la logique formelle en droit, doivent en même temps souscrire à l'idée d'une part qu'il y a bien quelque chose comme des concepts juridiques, et d'autre part que ceux-ci sont bien chargés d'une dimension normative qui n'est pas spécifique au droit, mais qui dépend de la nature conceptuelle de la pratique juridique. Les concepts juridiques possèdent cette dimension normative non parce qu'ils sont juridiques mais parce qu'ils sont des concepts. De la même manière, les argumentations juridiques sont formalisables non parce qu'elles sont juridiques mais parce qu'elles sont des argumentations. Le partage de cette caractéristique avec les autres pratiques conceptuelles se remarque bien par le fait qu'on peut formaliser le raisonnement juridique de la même façon que le raisonnement géométrique :

*Si toute interdiction de l'aide au suicide est conforme au droit à la vie,  
et si la loi x du Royaume-Uni interdit l'aide au suicide,  
alors la loi x du Royaume-Uni est conforme au droit à la vie*<sup>360</sup>.

Par la logique matérielle, on confère aux contenus conceptuels des expressions linguistiques la nécessité que le syllogisme loge dans les connecteurs logiques "si", "et si" et "alors", et nous comprenons ainsi que ces expressions sont belles et bien dotées d'un contenu conceptuel, que les usages de ces expressions sont effectivement gouvernés par des règles matérielles de même type et que la normativité à l'œuvre est une normativité conceptuelle qui n'est pas spécifique au langage juridique.

**86. Connecteurs logiques et contenus conceptuels.** - Si la logique matérielle et la logique formelle permettent de reconnaître, de deux façons différentes, la normativité qu'implique l'adhésion à une pratique conceptuelle, il faut pourtant éviter de confondre les deux ordres d'explication en prenant les concepts pour des connecteurs logiques. Alf Ross a manifesté cette tendance en ce qui concerne les expressions juridiques, mais c'est parce qu'il a hésité à leur reconnaître un contenu par le modèle conditions/conséquences et qu'il est resté tributaire d'une sémantique référentialiste en associant contenu conceptuel et référence empirique. Dès lors, il comprend le rôle inférentiel des expressions juridiques comme un rôle strictement formel sans voir qu'en l'expliquant, il fait la preuve du contenu dont elles disposent. Cette confusion le conduit à d'étranges affirmations :

« 1 - S'il y a vente, il y a aussi propriété pour l'acquéreur.  
Il y a ici vente.  
Par conséquent, il y a aussi propriété pour l'acquéreur.

---

<sup>360</sup> Tout A est B, C est A, donc C est B, de la même façon.

2 - S'il y a propriété, le propriétaire peut revendiquer la chose.

Il y a ici propriété.

Donc la revendication est possible.

Ensemble, (1) + (2) expriment la règle pourvue de signification selon laquelle une personne qui a acheté une chose peut la revendiquer. Cette conclusion est valable quoi que "propriété" puisse représenter, ou même si cela ne représente rien du tout. On pourrait remplacer "propriété" par "saucisse de Toulouse"<sup>361</sup> ou par "tû-tû" sans invalider la conclusion »<sup>362</sup>.

Pour Ross, "propriété" n'est qu'un « terme systématique ou logique »<sup>363</sup>. Il affirme la même chose quand il dit que « sa fonction est purement logique »<sup>364</sup>. Il s'agit là d'une façon trompeuse d'évoquer par le vocabulaire de la logique formelle le contenu conceptuel des expressions juridiques et leur normativité. Ross assimile les expressions linguistiques à des flèches d'inférence sans contenu, ce qui le conduit à tenir des propos étranges impliquant des saucisses là où il n'en est manifestement pas question. Dire « s'il y a vente, il y a aussi saucisse de Toulouse pour l'acquéreur » n'a, dans notre langage, strictement aucun sens – sauf si, bien entendu, la vente concerne une saucisse de Toulouse. Il faudrait, et c'est semble-t-il l'hypothèse fantaisiste qu'il suggère, que les juristes tombent d'accord sur la modification de beaucoup de leurs règles de langage pour que cette expression joue exactement le même rôle inférentiel que joue l'expression "propriété" et qu'elle puisse la remplacer. La circonscription de cette analyse aux termes juridiques est par ailleurs tout aussi étrange que l'analyse elle-même, car on pourrait reconduire l'expérience de pensée avec l'expression géométrique "triangle isocèle". Nous nous plairions ainsi à lui substituer l'expression "*currywurst*", puis à dire d'une figure qu'elle est une *currywurst* parce qu'elle est un triangle ayant deux côtés de même longueur. La possibilité de changer un mot par un autre, toute fictive qu'elle soit, révèle seulement que « le mot, sans ses règles, n'a encore aucune signification, et si nous changeons les règles, alors il a à présent une autre signification (ou n'en a aucune) et nous pouvons alors tout aussi bien changer également le mot »<sup>365</sup>. L'opération, bien considérée, ressemble à l'échange d'une pièce égarée d'un jeu d'échecs par un domino : elle nécessite un accord des deux joueurs sur la fonction du domino, que les deux joueurs admettent ensemble que cet objet joue désormais dans le jeu le même rôle que celui tenu par la pièce égarée. L'interchangeabilité du signe des expressions ne révèle pas que ces signes sont creux ou sans

<sup>361</sup> La fantaisie de l'argument de Ross a autorisé celle du traducteur, Eric Millard. C'est « *old cheese* » qui a été librement traduit par « saucisse de Toulouse ».

<sup>362</sup> A. Ross, « Tû-Tû », *op. cit.*, p. 114.

<sup>363</sup> A. Ross, « Les définitions en droit », *op. cit.*, p. 82.

<sup>364</sup> *Ibid.*

<sup>365</sup> L. Wittgenstein, *Grammaire philosophique* (1969), trad. de l'allemand par M.-A. Lescourret, Folio, coll. Essais, 2001, p. 243, cité par J. Bouveresse, *La force de la règle...*, *op. cit.*, p. 25.

signification, mais que les expressions linguistiques ont une place assignée par des règles de langage qu'il faut maîtriser lorsqu'on s'engage dans des pratiques conceptuelles, que ce soit le droit ou la géométrie.

**87. Détermination du contenu des règles matérielles.** - Pour autant, certains contesteront énergiquement l'usage du syllogisme en droit parce qu'il dissimulerait, derrière le paravent d'une rigueur irréprochable, des choix arbitraires ou, à tout le moins, contestables<sup>366</sup>. Il est vrai que l'application rigoureuse de la forme syllogistique ne nous conduit pas forcément à dire des choses intelligentes. Nous pouvons affirmer, suivant une logique implacable, que « si tous les hommes sont des autruches, et si mon chat est un homme, alors mon chat est une autruche ». Le respect scrupuleux de toutes les exigences formelles du monde ne nous interdira jamais de raconter les plus belles idioties. Ce qui compte pour les utilisateurs de concepts n'est pas seulement la forme, la structure de ce que l'on dit, c'est aussi le fond, le contenu de ce qui est dit.

Or, et c'est bien de là que provient la déception de l'anticognitiviste, les règles d'inférence matérielle du langage juridique ne sont pas pleinement déterminées par avance, une bonne fois pour toutes. Quand il décide, dénoncera l'anticognitiviste, le juge choisit le contenu de la prémisse majeure pour l'appliquer opportunément dans la prémisse mineure et, ainsi, parvenir à la conclusion qu'il avait dès le départ l'intention d'énoncer. Par exemple, si l'on suppose que le Conseil d'État voulait absolument reconnaître au maire de Morsang-sur-Orge la compétence pour interdire le lancer de nains sur le territoire de sa commune, on dira qu'il lui a suffi de considérer que les atteintes à la dignité humaine sont des troubles à l'ordre public qu'il revient au maire de faire cesser par ses pouvoirs de police (prémisse majeure), puis d'affirmer que le lancer de nains, organisé à la discothèque de Morsang-sur-Orge, était une atteinte à la dignité humaine (prémisse mineure), et que, par conséquent, le maire de Morsang-sur-Orge avait la compétence pour faire cesser cette activité sur le territoire de sa commune (conclusion)<sup>367</sup>. Notre anticognitiviste se plaindra alors que les concepts d'ordre public et de dignité humaine ont des contenus si indéterminés que le juge, s'il en avait eu l'intention, aurait pu, par un raisonnement très différent – en invoquant par exemple les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté individuelle –, conclure à l'exact inverse, c'est-à-dire que le maire n'avait pas le droit d'interdire une telle activité, même s'il la réprouvait personnellement, ce qui n'est pas une raison suffisante.

Mais c'est justement l'enjeu de la pratique juridique, c'est-à-dire du travail des juristes, que de concevoir, dans des propositions juridiques, le contenu d'expressions comme "ordre public", "dignité humaine", "liberté d'entreprendre" ou "liberté individuelle" et, ainsi, de

<sup>366</sup> Pour un bon résumé des critiques à l'encontre du syllogisme juridique, Brunet (P.), « Irrationalisme... », *op. cit.*, pp. 197-217.

<sup>367</sup> Conseil d'État, 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

déterminer ce que recouvrent les “compétences du maire” et ses “pouvoirs de police”. En formulant leurs propositions et en les justifiant, les juristes tentent de convaincre leurs pairs de fixer leurs propositions comme des règles. Nous serions aussi déçus que l’anticognitivist si nous nous étions imaginés le langage comme un *code*, comme un lot structuré de significations déjà faites et dont il suffirait de déterrer tous les rails pour savoir ce qu’elles nous conduisent mécaniquement à penser, à dire, à décider et à faire. Pour Baker et Hacker, exégètes de Wittgenstein, il faut « rompre l’emprise d’une conception mal orientée des règles comme déterminant ou constituant de façon mystérieuse, magique, la signification des expressions, et de la compréhension comme consistant à appréhender des règles qui nous guident ensuite sur des rails prédéterminés »<sup>368</sup>. Le défaut de la théorie de la signification sur laquelle se fonde le scepticisme de l’anticognitivist est de faire « comme si la compréhension était une appréhension instantanée de quelque chose dont on ne fait plus tard que tirer les conséquences, et cela d’une manière telle que ces conséquences existent déjà en un sens idéal, avant qu’elles soient tirées »<sup>369</sup> et, ainsi, que la signification est « un dépôt à partir duquel se déroule l’usage ou une machine logique qui engendre des applications de son propre chef »<sup>370</sup>.

Cette conception est défectueuse car, s’il en était ainsi, la pratique juridique aurait cessé d’être si bruyante depuis bien longtemps, et nous aurions alors épargné beaucoup de temps et d’argent : nul besoin d’avocats, ni de juristes en général, si les règles s’appliquaient d’elles-mêmes, et le juge aurait facilement pu être remplacé par l’automate dont rêvaient les révolutionnaires français. Au contraire, aucun langage digne de ce nom, donc le langage juridique, n’est qu’un code, c’est aussi une *langue vivante*, et « la possibilité permanente d’émergence de signifiés linguistiques *autres* que ceux déjà enregistrés pour un état “synchronique” donné de la langue est constitutive d’une langue vivante »<sup>371</sup>. « En tant que *magma* », précise Castoriadis en opposition à la rigidité de la *structure*, « les significations de la langue ne sont pas des éléments d’un ensemble soumis à la détermination comme mode et critère d’être. Une signification est indéfiniment déterminable (et cet “indéfiniment” est évidemment essentiel) sans que cela veuille dire qu’elle est déterminée. Elle peut toujours être repérée, assignée provisoirement comme élément identitaire à une relation identitaire avec un autre élément identitaire (ainsi dans la désignation), comme telle être “un quelque chose” en tant que point de départ d’une suite ouverte de déterminations successives. Mais ces déterminations ne l’épuisent, par principe, jamais. Plus même, elles peuvent obliger et en fait obligent toujours à revenir sur le “un quelque chose” du départ et conduire à le poser comme “un autre quelque chose”, bouleversant par là même ou pour ce faire les relations

<sup>368</sup> G. P. Baker et P. M. S. Hacker, *Skepticism, Rules and Language*, éd. B. Blackwell, 1984, p. 17.

<sup>369</sup> L. Wittgenstein, *Grammaire philosophique*, op. cit., p. 55, cité par J. Bouveresse, *La force de la règle...*, op. cit., pp. 32-33.

<sup>370</sup> G. P. Baker et M. S. Hacker, *Skepticism, Rules and Language*, op. cit., p. 17.

<sup>371</sup> C. Castoriadis, *L’institution imaginaire de la société*, Seuil, coll. *Points Essais*, 1975, p. 500. Nous soulignons.

moyennant lesquelles la première détermination avait été faite. Il est certain que de telles opérations seraient impossibles pour un ordinateur, et probable qu'un linguiste, en tant que linguiste, s'y perdrait ; le fait est qu'un pêcheur illettré ne s'y perd presque jamais »<sup>372</sup>.

Dans ces conditions, les concepts, c'est-à-dire en puissance tout le langage lui-même et donc aussi le langage juridique, constituent dans leurs usages l'instanciation de compétitions vitales pour la détermination de leurs usages corrects, tant dans leurs conditions d'application (le lancer de nains est-il indigne de la condition humaine ?) que dans leurs conséquences d'application (si oui, est-ce une raison pour un maire de pouvoir l'interdire sur le territoire de sa commune ?). Sur un même concept juridique viendront s'affronter différentes conceptions, cristallisées, peut-être, en théories juridiques bien formulées. Ces conceptions seront en concurrence pour une même place dans un seul langage, celui socialement partagé par les juristes qui s'intéressent, ensemble, aux mêmes questions. Les « versions rivales » d'un même concept<sup>373</sup> ne pourraient être vues comme existantes dans des univers parallèles et indépendants, comme si chacun, à l'intérieur de soi-même, se contentait d'établir son propre système cohérent de signification. Les pratiques conceptuelles sont des pratiques sociales par lesquelles nous accordons nos conceptions sur, par exemple, ce que doit signifier « la dignité humaine » dans nos tribunaux et pour nos juges. Ou bien, comme c'est souvent le cas, nous persistons dans nos désaccords, n'abandonnant pas la possibilité de provoquer l'adhésion, convaincre les autres de s'aligner sur nos conceptions<sup>374</sup>. Dworkin parle d'une « impression de vide » quant à la « contingence de nos convictions » : « nous savons que d'autres gens pensent ce que nous ne pouvons pas penser et qu'il n'existe aucun levier argumentatif dont nous puissions nous servir pour les convaincre. Ou dont ils puissent se servir pour nous convaincre. Il n'y a pas d'expérience qui puisse réconcilier nécessairement nos certitudes opposées »<sup>375</sup>. Alors nous continuerons à penser que nos interlocuteurs se trompent et qu'ils devraient, selon les raisons que nous leurs exposons, suivre les règles de langage que nous opposons à celles qu'ils défendent et qu'ils appliquent. Comme Gallie le remarque à propos de ce qu'il appelle les « concepts essentiellement contestés », « tout usage approprié d'un tel concept est en soi contestable, et sera, en tant que règle, effectivement contesté par un autre usage qui pourra en être fait, lequel est en soi contestable, et sera... et ainsi de suite pour un nombre indéfini de types d'usage possible : l'ensemble de ces usages mutuellement contestataires et mutuellement contestés du concept

---

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 502.

<sup>373</sup> R. Dworkin, *Justice pour les hérissons* (2011), trad. de l'anglais par J. E. Jackson, Labor et fides, coll. Le champ éthique, 2015, p. 181.

<sup>374</sup> Pour aller plus loin sur le désaccord en droit, J. Waldron, *Law and disagreement*, Clarendon Press, 1999 ; J.-Y. Chérot (dir.), *La construction de l'accord et du désaccord en droit. Méthodes et épistémologie du désaccord*, *Cahiers de méthodologie juridique, Revue de la recherche en droit*, n° 5, 2016.

<sup>375</sup> R. Dworkin, *Justice pour les hérissons* (2011), *op. cit.*, p. 175.

constitue son usage général normal »<sup>376</sup>. Quant au juge, c'est bien parce que ce qu'il décide est contestable par principe et que nous pouvons trouver des alternatives à ses décisions qu'il y a, pour lui comme pour les autres juristes, l'occasion d'exercer les compétences conceptuelles qui font de nous, pour le meilleur et pour le pire, des êtres de raison ; et si rien n'était plus discutable, les juristes n'auraient plus rien à dire et, alors, nous pourrions tout aussi bien nous passer d'eux, comme nous pourrions nous passer du langage juridique.

C'est dans cette mesure que la pratique juridique est une pratique normative *en tant qu'elle est une pratique conceptuelle*. Car non seulement il s'agit pour les juristes de suivre des règles de langage, mais aussi ils déterminent, par la formulation de propositions soutenues par des raisons, le contenu de ces règles. Ces règles importent, car ce sont les règles juridiques, nos règles juridiques, celles que nos juges appliquent pour trancher les cas qui sont soumis à leur pouvoir de juridiction.

---

<sup>376</sup> W. B. Gallie, « Les concepts essentiellement contestés », trad. de l'anglais par O. Tinland, *Philosophie*, vol. 122, n° 3, 2014, p. 11. Il s'agit d'une traduction de « Essentially contested Concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956, pp. 167-198, version originale qui a été préférée à la deuxième version du texte, assez différente de la première, parue dans W. B. Gallie, *Philosophy and the Historical Understanding*, Schocken Books, 1964, pp. 157-191.

## Chapitre 3

### Le droit comme discipline et l'idée de science du droit

**88. De l'anticognitivism au cognitivisme.** - Les thèses sémantiques différentielles, censées fournir l'arrière-plan logique de la science du droit et de sa distinction radicale avec le droit, reposent sur des bases fragiles et contestables. Nous l'avons vu, l'idée qu'il y aurait, d'un côté, des concepts scientifiques identifiables par leur référence à des faits et, de l'autre, des pseudo-concepts juridiques sans référence factuelle mais "tû-tû", connecteurs logiques entre conditions et conséquences, est une façon maladroite de présenter les choses. Certes, si l'on y tient, la sémantique référentialiste peut être appliquée aux concepts scientifiques. Ainsi l'on conçoit la signification d'un terme en fonction du fait, de la chose ou de l'état de choses auquel il se réfère. La sémantique inférentialiste, qui attribue la signification d'un terme aux inférences qu'il permet d'effectuer, peut, de son côté, être appliquée au langage juridique. Mais l'application différenciée de ces deux explications ne corrobore pas la distinction abstraite entre le discours juridique et le discours scientifique. À la place, elle la présuppose. En faveur d'une généralisation de la sémantique inférentialiste, nous avons soutenu que la réussite de l'application du schéma conditions/conséquences aux expressions juridiques constitue une bonne raison d'affirmer que la pratique juridique est une pratique conceptuelle. De cette perspective, l'analyse "tû-tû" des expressions juridiques par Alf Ross ne met en valeur ni leur vacuité, ni leur irréductible spécificité. Elle évoque, au contraire, la dimension conceptuelle de la pratique juridique. L'analyse, invoquée par les anticognitivistes pour compenser l'irrationalité de la pratique juridique par une pseudo-sémantique, est plutôt à porter au bénéfice de sa rationalité. Les juristes font usage de concepts en tant qu'ils fondent leurs affirmations sur des raisons et, parfois, en se référant directement à des faits, des choses ou des états de choses.

L'idée, absolument incontournable pour l'épistémologie juridique positiviste, selon laquelle les énoncés juridiques expriment des *règles* tandis que les énoncés scientifiques expriment des *propositions*, repose elle aussi sur une pétition de principe. L'usage d'expressions linguistiques repose forcément sur des règles de langage. En ce sens, les pratiques linguistiques, même scientifiques, sont des pratiques normatives. Inversement, la pratique juridique ne peut pas consister en l'expression de règles seulement, car ces normes sont suivies pour évaluer des énoncés juridiques qui, dans ce contexte, ne sont pas à interpréter comme des règles, mais comme des propositions. Tout énoncé peut être conçu, suivant le contexte de son interprétation, soit comme une règle s'il est employé pour évaluer

un acte, soit comme une proposition s'il est l'acte de langage soumis à une évaluation à l'aune d'une autre règle de langage.

### **89. Le cognitivisme juridique et la distinction du droit et de la science du droit. -**

La sémantique semble ainsi avoir été instrumentalisée pour soutenir que la pratique juridique n'est pas une activité (véritablement) rationnelle, et qu'ainsi les chercheurs en droit doivent y renoncer pour accéder à un statut épistémologique respectable. Contre cette instrumentalisation, nous avons progressivement développé une conception *cognitivist* de la pratique juridique. Ceci dit, le cognitivisme juridique n'est pas *a priori* incompatible avec le dualisme épistémologique et sa distinction entre le langage juridique et le langage de la science du droit.

Puisque tout usage d'expressions linguistiques s'inscrit dans un rapport étroit avec des règles de langage, chaque contenu conceptuel d'une expression linguistique se trouve en relation systémique avec beaucoup d'autres expressions linguistiques. Dès lors, on pourra suggérer que les pratiques conceptuelles – juridiques, scientifiques ou autres – se spécifient en constituant un système de concepts. Il est possible d'attribuer le statut épistémologique minimal de *discipline* à chacune de ces pratiques. Dans ces conditions, la distinction entre le langage juridique et le langage de la science du droit, si elle est maintenue, devra revendiquer la présence, réelle ou requise, d'une discipline "science du droit" conceptuellement autonome vis-à-vis du droit. La science du droit doit correspondre à une structure conceptuelle solide, formant un langage relativement indépendant du langage juridique. De cette perspective, la science du droit est possible sans pour autant être nécessaire (**section 1**). Un tel système conceptuel peut-il être remarqué ? Ainsi posée, la question est difficile car elle suppose encore la question de savoir s'il faut adopter l'hypothèse moniste, qui se satisfait de la seule discipline juridique, ou dualiste, qui juge importante l'existence supplémentaire d'une science du droit. Certains diront, par exemple, que les concepts de *personne juridique*, d'*État* ou d'*autonomie de la volonté* sont des concepts scientifiques pour la description du droit, bien qu'ils aient été instrumentalisés par les autorités pour justifier leurs décisions<sup>377</sup>. Sans y voir un indice en faveur du monisme épistémologique, on affirmera alors qu'il existe un concept juridico-scientifique d'État en surplus d'un concept juridique d'État, ou bien que l'usage du concept de personne juridique par les autorités, pour reprendre l'exemple de Kelsen, ne change rien à la nature scientifique de ce concept<sup>378</sup>. La question mérite donc d'être reformulée : laquelle des deux hypothèses, moniste ou dualiste, fournit l'explication la plus prometteuse pour comprendre, et la pratique conceptuelle des chercheurs en droit, et son intérêt ? Il serait en

<sup>377</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 256.

<sup>378</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> édition (1962), trad. de l'allemand par H. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, pp. 189-190.

tout cas trompeur d'affirmer que la doctrine juridique, quand elle discute de la conception et l'application des règles juridiques, déploie un réseau conceptuel indépendant du langage juridique. Si, par exemple, elle travaille sur « l'intégration sociale des migrants » et son contrôle par le juge européen, elle parle de ce concept, avec ce concept. Elle le définit, l'applique, critique son application, regrette ses implications, redéfinit avec elle la cohérence de tout le droit européen des personnes, formule des contre-propositions, *etc.* Nous gagnerons là à dire que les chercheurs qui exercent cette activité *font du droit*, au sens où ils adhèrent à la discipline juridique et parlent la langue du droit. De ce fait, personne n'y verrait l'exercice d'une science du droit. Dans la perspective d'une telle science, le maintien du dualisme épistémologique reviendra simplement à condamner cette pratique comme infraction à l'opposition du droit et de la science du droit (**section 2**). Nous devons donc examiner les projets méthodologiques des théoriciens de la science du droit eux-mêmes et, en particulier, ceux de Hans Kelsen et d'Alf Ross. On remarquera que l'interprétation moniste de leur méthodologie est possible et qu'elle les montre sous un autre jour. La méthodologie de Kelsen, plutôt que de déterminer les conditions pour une « véritable science du droit », pose les fondements d'une attitude dogmatique vis-à-vis de ce que les autorités ont décidé, tandis que Ross donne les premières pistes pour une méthodologie interdisciplinaire, combinant la discipline juridique (qu'il nomme « idéologie juridique ») et l'analyse psychosociologique des juges et de leurs décisions. D'un point de vue sémantique, il paraîtra de plus en plus discutable d'imaginer l'existence d'une discipline autonome nommée *science du droit* (**section 3**).

## Section 1 : Le droit comme discipline

La position cognitiviste à l'égard du droit revient à lui accorder le statut de discipline épistémique ou intellectuelle. Elle offre toujours l'opportunité de distinguer abstraitement le droit et la science du droit, mais elle ouvre aussi plus clairement l'espace théorique pour son alternative, l'idée que les chercheurs en droit *font du droit*. Il s'agit ici d'associer pratique juridique, langage juridique et système de concepts juridiques (§1) et proposer sur ce fondement l'application de la qualification épistémologique de *discipline* à la pratique juridique (§2).

### §1. Pratique et système conceptuels

**90. Holisme sémantique et systèmes conceptuels.** - Le contenu conceptuel d'une expression linguistique se détermine par l'expression de règles d'inférence matérielle, de règles de langage. Il est difficile de concevoir que la signification d'un terme puisse être

exprimée ou saisie autrement que par des phrases qui relient plusieurs termes entre eux<sup>379</sup>. Puisque ces énoncés sont formés par la combinaison de plusieurs termes, l'approche inférentialiste des contenus conceptuels motive le rejet d'une conception *atomiste* de la signification, et conduit à l'adoption de sa conception *holiste*. Il est impossible de comprendre ce que signifie un mot sans savoir ce que signifient beaucoup d'autres mots. C'est l'idée, défendue par Brandom, selon laquelle « pour avoir un concept, il faut en avoir plusieurs »<sup>380</sup>. En philosophie du droit, Hart a également approfondi cette idée<sup>381</sup>. Le lien entre normativité du langage et association de concepts a encore été mis en évidence par Frédéric Rouvière. Pour l'illustrer, il prend l'exemple du droit des contrats et du concept de "vice du consentement" qui doit être mis en relation avec le concept de "nullité" par des règles d'inférence matérielle pour que son usage correct puisse être rendu explicite. Ainsi, « la normativité apparaît dans la proposition qui fait de la nullité la conséquence du vice du consentement »<sup>382</sup>. De cela, Frédéric Rouvière en déduit justement que « la norme ou la règle est donc avant tout une relation entre les concepts »<sup>383</sup>.

La multiplication de ces relations inférentielles donne très vite à la signification et au langage la forme d'un réseau, d'une structure, d'un système : « pour savoir s'orienter dans le réseau centré autour d'un contenu conceptuel particulier, pour pouvoir dire en pratique quels mouvements vers lui ou depuis lui sont permis, ou requis ou interdits, il faut donc maîtriser également les règles de convenance de l'inférence qui gouvernent l'usage d'autres concepts et d'autres contenus »<sup>384</sup>. Dans son style, Wittgenstein évoque lui aussi la systématité du langage : « Peut-être dira-t-on que l'on ne peut définir de manière ostensive "deux" qu'*ainsi* : Ce *nombre* s'appelle "deux". Car le mot "nombre" montre ici à quelle *place* du langage, de la grammaire, nous plaçons le mot. Mais cela veut dire qu'il faut que le mot "nombre" ait été expliqué pour que cette définition ostensive puisse être comprise. – Dans la définition le mot "nombre" montre en effet cette place ; il montre à quel poste nous plaçons le mot. Et nous pourrions éviter des méprises en disant : "Cette *couleur* s'appelle ainsi et ainsi", "Cette

<sup>379</sup> La désignation par le doigt des conditions d'application ou même des conséquences d'application d'une expression est effectivement possible, mais sa pertinence, déjà diminuée par l'éventualité irréductible d'une mécompréhension sur la qualité de l'objet à laquelle le concept accorde de l'importance, ne reste de toute façon limitée qu'à des contextes extrêmement favorables. Quine, qui traite ce problème par le thème de la traduction, développe cette idée pour aboutir à la thèse d'une indétermination radicale de la référence. Il serait donc bien exagéré, comme le faisait pourtant l'analyse référentialiste, de faire de ce mode d'explication le cas paradigmatique de détermination de la signification sur lequel se constituerait une théorie de la signification. Voir W. V. O. Quine, *Le mot et la chose*, trad. de l'anglais par J. Dopp et P. Gochet, Flammarion, coll. Champs, 1977.

<sup>380</sup> R. Brandom, *Rendre explicite I. Raisonnement, représentation et engagement discursif* (1994), trad. de l'anglais par I. Thomas-Fogiel (dir.), Cerf, coll. Passages, 2010, p. 204.

<sup>381</sup> H. L. A. Hart, « Definition and Theory in Jurisprudence » (1953), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 21-48.

<sup>382</sup> F. Rouvière, « Autour de la distinction entre règle et concept », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 26, n° 2003-5, 2014, p. 2026.

<sup>383</sup> *Ibid.*

<sup>384</sup> R. Brandom, *Rendre explicite..., op. cit.*, p. 205.

*longueur s'appelle ainsi et ainsi*", etc. Ce qui veut dire qu'on évite parfois des méprises ainsi. Mais le mot couleur ou le mot longueur ne peuvent-ils être compris qu'ainsi ? – Il nous faut justement les expliquer. – Donc les expliquer par d'autres mots ! »<sup>385</sup>.

**91. Jeux de langage, disciplines et systèmes conceptuels.** - Pour les juristes, l'idée d'un système de règles est familière. Kelsen, Hart et tant d'autres ont détaillé une ontologie juridique en tenant pour acquise l'idée d'un système de normes ou de règles juridiques. Cette conception revient à celle d'un ordre juridique<sup>386</sup> et elle est, à bien des égards, classique et pertinente. En outre, l'idée kelsénienne d'un système de normes juridiques devient beaucoup moins mystérieuse dès qu'on les réduit à des règles de langage, la mise en relation de plusieurs règles juridiques ne pouvant être reconnue qu'à travers l'usage partagé d'expressions linguistiques. C'est ainsi autour de concepts fondamentaux de "droit subjectif", "obligation", "responsabilité", "compétence", "acte juridique", "contrat", "infraction", "preuve", "constitution", mais également autour de concepts plus spécifiques, comme "erreur sur la valeur", "loi de validation", "communauté réduite aux acquêts", "taxe d'effet équivalent aux droits de douane", qu'un tel système de règles peut se constituer. Si nous comprenons les règles juridiques comme des règles de langage à destination des juristes, nous pouvons appréhender le droit comme un système de règles de langage et le considérer, en tant que tel, de la même façon que d'autres « jeux de langage »<sup>387</sup>. Ces jeux peuvent à chaque fois être associés à une pratique et s'incorporer dans une « forme de vie »<sup>388</sup>. Ils peuvent être très sophistiqués ou, au contraire, plus élémentaires, comme celui imaginé par Wittgenstein entre le maçon et son apprenti à partir duquel il examine l'usage du mot "dalle"<sup>389</sup>.

Les concepts ne peuvent être compris qu'en les plaçant au sein d'un jeu de langage déterminé. Cette association entre un concept et un jeu de langage est ce que nous reconnaissons lorsque nous qualifions les concepts par des épithètes précisant leur affiliation avec une pratique déterminée. Ainsi, nous parlons de concepts *juridiques*, de concepts *épistémologiques*, de concepts *sociologiques*, etc. Nous qualifions "quadrilatère" et "bissectrice" de concepts *géométriques*, "responsabilité civile" et "répétition de l'indu" de

<sup>385</sup> L. Wittgenstein, *Recherches Philosophiques* (1953), trad. de l'allemand par F. Dastur, M. Elie, J.-L. Gautero, D. Janicaud et E. Rigal, Gallimard, coll. Tel, 2004, §29, pp. 42-43.

<sup>386</sup> Pour aller plus loin, S. Romano, *L'ordre juridique* (1918), trad. de l'italien par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002 ; J. Raz, *The Concept of a Legal System*, 2<sup>e</sup> édition, Clarendon Press, 1980 ; Ch. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 1, 2001, pp. 19-40 ; R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, coll. Hors collection, 2013 ; J. Chevallier, « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, 1983, pp. 7-49.

<sup>387</sup> « J'appellerai aussi "jeu de langage" l'ensemble formé par le langage et les activités avec lesquelles il est entrelacé », L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, §7, p. 31.

<sup>388</sup> « Et se représenter un langage veut dire se représenter une forme de vie », *ibid.*, §19, p. 35. Voir aussi, dans un passage déjà cité : « "Dis-tu donc que l'accord entre les hommes décide du vrai et du faux ?" – C'est ce que les hommes disent qui est vrai et faux ; et c'est dans le langage que les hommes s'accordent. Cet accord n'est pas un consensus d'opinion, mais de forme de vie », *ibid.*, §241.

<sup>389</sup> *Ibid.*, §§19-20, pp. 35-37.

concepts *juridiques*, “blancs en neige” et “cuisson à la vapeur” de concepts *culinaires*, “pat” et “zeitnot” de concepts *échiquéens*, etc. On remarque également, dans les cas où un même mot est l'étiquette de plusieurs concepts, que nous spécifions, pour clarifier notre propos, dans quel jeu de langage il occupe une place par la formule “au sens” suivi du qualificatif renvoyant à cette pratique : « je parle d'immeuble au sens *juridique* quand je dis que ta cabane à outils est un immeuble », « je parle d'irresponsabilité au sens *juridique* quand je dis que le Président de la République est irresponsable » ou « je parle de râteau au sens *footballistique* quand je dis qu'il m'a transpercé avec un râteau ». En parlant ainsi, nous reconnaissons l'affiliation de nos concepts à des jeux de langage, à des vocabulaires. Ici, nous réunissons comme *disciplines* les pratiques conceptuelles disposant d'un vocabulaire suffisamment sophistiqué et autonome pour qu'elles méritent d'être ainsi spécifiées.

## §2. Qualification épistémologique du droit comme discipline

**92. Un statut épistémologique minimal.** - Nous proposons pour la pratique juridique le statut épistémologique de discipline dans l'objectif clair que cette qualification puisse faire l'objet d'un consensus de principe. Ce statut épistémique est minimal car il ne requiert rien d'autres que son association à un système conceptuel pour être accordé à une pratique. C'est ainsi que procède Gunther Teubner quand il conçoit le droit comme un système conceptuel disposant d'une « autonomie épistémique »<sup>390</sup> : « Le droit traite les informations de manière autonome, crée des mondes de signification indépendants, établit des objectifs et des fins, produit des constructions de la réalité et définit des attentes normatives »<sup>391</sup>.

Le statut de discipline est bien moins exigeant que celui de science. Celui-là ne peut être attribué à une discipline qu'en fonction d'un critère de démarcation déterminé par des philosophes inquiets de voir certaines pratiques revendiquer ce glorieux statut, comme l'astrologie, la psychanalyse ou le droit. Pendant longtemps, ce critère a été celui de la vérifiabilité des énoncés, mais Karl Popper et sa dynamique des sciences ont pour ainsi dire retroussé ce critère en la possibilité de leur réfutation (falsifiabilité)<sup>392</sup>. Chez Popper, la question de savoir quand une discipline peut être considérée comme scientifique a été l'occasion d'adresser une critique sévère à l'analyse marxiste et à la psychanalyse. Bien qu'elles soient sans contestation possible associées à des systèmes conceptuels et à des

---

<sup>390</sup> G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », trad. de l'allemand par N. Boucquey, *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47<sup>e</sup> année, n° 6, 1992, p. 1155.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 1153.

<sup>392</sup> « Ces considérations suggèrent que c'est la falsifiabilité et non la vérifiabilité d'un système, qu'il faut prendre comme un critère de démarcation », K. Popper, *Logique de la découverte scientifique* (1934), trad. de l'allemand par N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 2007, p. 37.

pratiques, elles n'accèdent pas au statut scientifique car, selon Popper, leurs hypothèses échouent au test de réfutabilité. On trouve ici la tentative de jeter le discrédit sur ces disciplines dont les inspirateurs avaient pu exalter la rigueur scientifique. À l'inverse, certains ont remarqué l'incommensurabilité des disciplines, c'est-à-dire la façon dont elle ne déterminent que pour elles-mêmes les conditions de validité des énoncés<sup>393</sup>. Relativistes conséquents, Feyerabend et Teubner iront jusqu'à contester le principe de hiérarchisation des savoirs implicite à la démarcation, en tant qu'elle reconnaîtrait des « accès privilégiés à la réalité » : « La science ne produit qu'une construction du monde parmi d'autres ; la validité de cette construction ne repose que sur les distinctions propres à la science, et non sur une vérification dans le monde en tant que tel. C'est pourquoi la science ne peut revendiquer l'autorité de détenir l'unique et correct accès au monde réel, et de le communiquer aux autres »<sup>394</sup>.

Il n'est pas utile de douter de la spécificité des sciences vis-à-vis des autres disciplines et de la discipline juridique dont, c'est évident, les propositions ne peuvent satisfaire le test de falsifiabilité. Pour autant, on devrait pouvoir considérer le droit et les sciences comme des disciplines pouvant, en tant que telles, être appréhendées comme « artéfacts discursifs à droits égaux, dont la construction n'est pas arbitraire, mais [qui obéissent] rationnellement à des codes et programmes spécifiques »<sup>395</sup>. Avec l'idée de discipline, Castoriadis peut présenter le problème des méthodes des « sciences de l'homme » sans préjuger, comme on le fait souvent avec cette expression, de leur forme et de leur possibilité de perfectionnement : « Aussi difficile, et même chaotique, que soit incontestablement la situation des *disciplines* anthropologiques, parler de retard à leur propos n'a de sens que si l'on s'est déjà donné comme idéal réalisable et modèle exportable hors son champ d'origine la démarche des *sciences* dites exactes, si l'on postule qu'un progrès des *disciplines* anthropologiques suivant les lignes et les méthodes des *sciences* de la nature est à la fois possible et désirable »<sup>396</sup>.

**93. Connotations de “discipline”.** - Le terme épistémologique de “discipline juridique” est pertinent vu l'angle par lequel nous avons reconnu la nature conceptuelle et normative de la pratique juridique. Il s'agit bien d'une « règle de conduite commune à une multitude, aux membres d'un corps »<sup>397</sup>. Ce terme renvoie à la fois aux règles d'inférence matérielle auxquelles les juristes sont aux prises dans leurs argumentations, à l'évaluation des actes linguistiques propositionnels, à la correction que les participants à la pratique

<sup>393</sup> P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance* (1975), trad. de l'anglais par B. Jurdant et A. Schlumberger, Seuil, coll. Points Sciences, 1979.

<sup>394</sup> G. Teubner, « Pour une épistémologie... », *op. cit.*, p. 1156.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 1157.

<sup>396</sup> C. Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », in *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, Seuil, Point Essais, 1978, p. 193.

<sup>397</sup> É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1873-1874, version électronique créée par F. Gannaz, « Discipline », 3<sup>e</sup> entrée.

conceptuelle visent pour leurs propositions, aux sanctions auxquelles s'exposent les juristes s'ils ne se conforment pas à l'une de ces règles, mais aussi, si nous conservons le singulier de la définition, à la règle de reconnaissance hartienne<sup>398</sup>.

Le terme de "discipline" fait également et fort opportunément allusion au « dressage »<sup>399</sup> auquel doivent se soumettre ceux qui comptent participer au jeu de langage, c'est-à-dire à l'apprentissage par les novices des règles à maîtriser et, pour la pratique juridique, à l'enseignement consacré aux étudiants de droit afin qu'ils puissent « devenir juristes »<sup>400</sup>. Ce terme fait également référence à la tendance dogmatique, c'est-à-dire au fait que les règles cessent d'être considérées par ceux qui les suivent comme des propositions évaluables, qui concerne toute pratique conceptuelle et qui y est, parfois malgré son propre intérêt, entretenue. Si l'approche dogmatique en droit repose sur des justifications qui lui sont spécifiques, nous devons être en mesure de la reconnaître aussi pour d'autres disciplines, comme l'a fait Kuhn avec la physique<sup>401</sup>, bien qu'elle puisse se révéler d'intensité variable suivant les disciplines : certainement plus pour la théologie, sans doute moins pour la sociologie.

**94. Spécialisation et transversalité.** - Le terme épistémologique de discipline correspond à la façon par laquelle nous évoquons la possibilité de systèmes conceptuels spécifiques au sein de disciplines générales, que l'on associe à des disciplines spécialisées, parfois dites sous-disciplines. Tout comme la sociologie se spécialise en sociologie politique<sup>402</sup>, sociologie du quotidien<sup>403</sup>, sociologie de la pauvreté<sup>404</sup>, sociologie des organisations<sup>405</sup>, sociologie de l'environnement<sup>406</sup>, *etc.*<sup>407</sup>, le droit se spécialise en droit des

<sup>398</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit* (1961), 2<sup>e</sup> édition, augmentée, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 2005, p. 114.

<sup>399</sup> « L'enseignement du langage n'est pas une explication, mais un dressage », L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, §5, p. 29.

<sup>400</sup> Ch. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, coll. Le carré droit, 2<sup>e</sup> édition, 2014. L'ouvrage, destiné aux étudiants de première année, leur propose de « comprendre les métiers juridiques, comprendre le langage du droit, raisonner en juriste », 4<sup>e</sup> de couverture.

<sup>401</sup> Th. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques* (1962), trad. de l'anglais par L. Meyer, Flammarion, coll. Champs Sciences, 2008.

<sup>402</sup> J. Lagroye, B. François et F. Sawicki, *Sociologie politique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2002.

<sup>403</sup> Voir par exemple Cl. Javeau, « Sur le concept de vie quotidienne et sa sociologie », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1980, pp. 31-45 ; E. Goffman, *La mise en scène de la vie quotidienne. La présentation de soi* (1959), trad. de l'anglais par A. Accardo, Minit, coll. Le sens commun, 1973.

<sup>404</sup> J. Labbens, *Sociologie de la pauvreté. Le tiers-monde et le quart-monde*. Gallimard, 1978 ; H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éd. du Croquant, coll. Terra, 2010.

<sup>405</sup> L. Bagla, *Sociologie des organisations*, La découverte, 2003.

<sup>406</sup> W. Catton et W. Dunlap, « Environmental sociology : a new paradigm », *The American Sociologist*, 1978, pp. 41-48.

<sup>407</sup> Voir, pour une problématisation de l'articulation des disciplines sociologiques, A. Abbott, « *Le chaos des disciplines* », trad. de l'anglais par M. Drouet, in J. Boutier, J.-Cl. Passeron et J. Revel, *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Éditions de l'EHESS, 2006, pp. 35-67.

contrats<sup>408</sup>, droit international privé<sup>409</sup>, droit administratif<sup>410</sup>, droit administratif des biens<sup>411</sup>, etc. Le démembrement des disciplines se réalisera à chaque fois en accordant une importance déterminante à la distinction opérée par une classification conceptuelle, alors jugée fondamentale, qui autorisera l'institutionnalisation d'un traitement différentiel d'un ensemble de cas uni par un trait commun. L'enjeu et la justification de la reconnaissance de ces disciplines résident alors dans l'idée qu'au vu de la particularité des cas concernés, ceux-ci doivent être traités différemment, et ce au moyen d'un système conceptuel spécifiquement approprié. Nous dissociions les sciences de la vie des sciences de la Terre car nous considérons que les organismes doivent être conçus différemment des choses inanimées. L'hypothèse Gaïa, en tant qu'elle conçoit la Terre comme un super-organisme, remet justement en cause cette distinction<sup>412</sup>. De la même manière, la spécificité du droit administratif a été justifiée par la thèse selon laquelle les conflits entre l'État (et ses démembrements) et les personnes privées doivent être traités différemment des relations entre personnes privées soit, dit Hauriou, parce qu'ils exercent des prérogatives de puissance publique<sup>413</sup> soit, dit Duguit, parce que l'État et ses représentants sont dépositaires de missions de service public<sup>414</sup>. Par conséquent, on attribue aux expressions "contrat", "faute" ou "responsabilité" un sens spécifique en droit administratif, si bien qu'on parle de "contrat public", de "faute en droit administratif" ou de "responsabilité administrative". Dans le mouvement inverse, on remarque la construction de disciplines juridiques transversales, qui supposent au contraire que certaines branches du droit déjà spécialisées gagnent à être pensées comme gouvernées par des règles communes. L'exemple-type en droit est celui du droit processuel, qui justifie sa transversalité par l'idée que certaines expressions juridiques, celles employées en droit de la procédure civile, pénale, administrative, constitutionnelle, européenne et internationale, possèderaient un contenu conceptuel commun, des principes communs, ou bien que de nettes différences sont traditionnellement établies mais qu'elles doivent être problématisées voire, le cas échéant, remises en cause<sup>415</sup>.

---

<sup>408</sup> Ch. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses, coll. Mises au point, 4<sup>e</sup> édition, 2016.

<sup>409</sup> B. Audit et L. D'Avout, *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus droit privé, 7<sup>e</sup> édition., 2013.

<sup>410</sup> P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, 11<sup>e</sup> édition, 2017.

<sup>411</sup> J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby, Ph. Terneyre, *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Précis, 6<sup>e</sup> édition, 2016.

<sup>412</sup> J. Lovelock, *La Terre est un être vivant. L'hypothèse Gaïa* (1979), trad. de l'anglais par P. Couturiau et Ch. Rollinat, Flammarion, coll. Champs Sciences, 1999. À partir de ce postulat dit « biogéochimique » s'est développée la géophysologie, qui étudie la terre comme un super-organisme. Voir également, T. Volk, *Gaïa's Body. Toward a physiology of Earth*, The MIT Press, 2003.

<sup>413</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4<sup>e</sup> édition, éd. L. Larose, 1901, p. 227.

<sup>414</sup> É. Pisier-Kouchner, *La théorie du service public dans l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

<sup>415</sup> S. Guinchard (dir.), *Droit processuel*, Dalloz, Précis, 9<sup>e</sup> édition, 2017.

**95. Interdisciplinarité.** - La qualification du droit comme discipline permet enfin de comprendre de quoi nous parlons lorsque nous abordons le thème de l'interdisciplinarité. Le programme de l'interdisciplinarité invite à décloisonner les disciplines et à admettre la perméabilité de leurs jeux de langage respectifs, partant de l'hypothèse où leur spécialisation conduit à réduire, à occulter ou à mal traiter certains problèmes. Selon Edgar Morin, « La frontière disciplinaire, son langage et ses concepts propres vont isoler la discipline par rapport aux autres et par rapport aux problèmes qui chevauchent les disciplines »<sup>416</sup>. Si l'interdisciplinarité peut cesser de n'être qu'un slogan publicitaire pour la recherche de financements, elle doit pouvoir être rendue opérationnelle en explicitant les conditions et conséquences de sa réalisation par l'examen de la façon dont les concepts « circulent » et « voyagent »<sup>417</sup> d'une discipline à une autre, et du bénéfice de ces échanges. Si le thème et l'enjeu de l'interdisciplinarité peuvent se montrer dignes d'intérêt et d'efforts, ils ne nous sont intelligibles que dans la mesure où nous admettons déjà la présence de disciplines, et si nous savons de quelles disciplines nous parlons. En admettant que le droit et les autres disciplines (scientifiques ou non) sont des « artéfacts discursifs à droits égaux »<sup>418</sup>, la réalisation de l'interdisciplinarité juridique consistera en « l'ouverture du droit à des disciplines voisines, particulièrement l'économie, à la sociologie, et à l'histoire »<sup>419</sup>. L'horizontalité de la relation entre le droit et d'autres disciplines transparaît dans les noms que certains chercheurs ont attribués à des combinaisons disciplinaires : « *Law and economics* »<sup>420</sup>, « *Law and feminism* »<sup>421</sup>, « *Law and psychology* »<sup>422</sup>, « Droit et littérature »<sup>423</sup>, etc. Cette façon de désigner ces contacts disciplinaires diffère explicitement de celle qui nous fait parler d'une « analyse

<sup>416</sup> E. Morin, « De l'interdisciplinarité », in F. Kourilsky, *Acte du colloque Carrefour des sciences*, Papcom, coll. Centre national de la recherche scientifique, 1990, p. 22.

<sup>417</sup> « Les concepts voyagent et il vaut mieux qu'ils voyagent en sachant qu'ils voyagent, Il vaut mieux qu'ils ne voyagent pas clandestinement. Il est bon aussi qu'ils voyagent sans être détectés par les douaniers ! En fait la circulation clandestine des concepts a quand même permis aux disciplines de se désasphyxier, de se désembouteiller ; la science serait totalement embouteillée si les concepts ne migraient pas clandestinement », E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, coll. Points Essais, 1996, p. 154. Voir aussi O. Christin (dir.), *Dictionnaire des concepts nomades en sciences humaines*, Métailié, 2010 ; I. Stengers (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Seuil, coll. Science ouverte, 1987.

<sup>418</sup> G. Teubner, « Pour une épistémologie... », *op. cit.*, p. 1157.

<sup>419</sup> *Ibid.*, p. 1149.

<sup>420</sup> R. Cooter et Th. Ulen, *Law and Economics*, Addison Wesley Longman, 6<sup>e</sup> édition, 2012.

<sup>421</sup> Depuis 1987, *The Yale Journal of Law and Feminism* fournit « un espace de discussion autour des expériences vécues par les femmes en tant qu'elles ont été structurées, affectées, contrôlées, discutées et ignorées par le droit », URL [consulté le 7/10/2018] :

<https://law.yale.edu/student-life/student-journals-and-publications/yale-journal-law-feminism>.

<sup>422</sup> *Law and Psychology Review*, University of Alabama, depuis 1975 ; La revue est présentée sur son site internet comme une « revue qui fait l'interface entre les disciplines du droit et de la psychologie [*the interplay between the disciplines of law and psychology*] » et comme « l'une des premières revues à combiner les disciplines du droit et des sciences comportementales [*to combine the disciplines of law and the behavioral sciences*] », URL [consulté le 7/10/2018] : <https://www.law.ua.edu/lawpsychology/>.

<sup>423</sup> La revue *Droit et littérature*, depuis 2017, entend « sortir de l'enfermement : celui qui abandonne la littérature aux spécialistes. Celui qui emmure le droit dans une tour d'ivoire », *Droit et littérature*, n° 1, 2017, p. 3.

économique du droit »<sup>424</sup> ou d'une « sociologie du droit »<sup>425</sup>. En présentant les choses ainsi, le statut épistémologique du droit n'est plus celui d'une *discipline*, mais celui d'un *objet d'étude* pour une autre discipline.

## Section 2 : Le droit comme discipline et la doctrine juridique

**96. Deux thèses épistémologiques concurrentes** - Nous pouvons désormais voir s'affronter deux thèses épistémologiques au contenu mieux déterminé : d'un côté, la théorie du droit-discipline, selon laquelle les chercheurs en droit participent à la discipline juridique, font du droit et, pour cette raison, emploient et travaillent les concepts juridiques ; de l'autre, la règle de la science du droit, théorie du droit-objet, selon laquelle les chercheurs en droit doivent décrire le droit à l'aide d'un système conceptuel distinct de celui employé par ceux qui font du droit.

Ces deux interprétations épistémologiques, conçues de cette façon, peuvent être éprouvées sur des exemples d'expressions effectivement employées par des chercheurs en retrouvant à quel système conceptuel ils appartiennent. Nous prendrons ici l'exemple d'un dossier retranscrivant des études réalisées pour l'occasion d'un colloque intitulé « Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne ? » (§1). Nous verrons que les chercheurs investissent le langage juridique et, à cette occasion, paraissent enfreindre la plupart des règles épistémologiques formulées par la théorie de la science du droit (§2).

### §1. « L'intégration sociale des migrants » et la doctrine juridique

**97. Colloque à Aix-en-Provence.** - À l'occasion d'un colloque organisé par le Centre d'études et de recherche internationales et communautaires (CERIC) de l'Université d'Aix-en-Provence, plusieurs chercheurs se sont réunis autour d'une question : « Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne ? ». Leurs interventions ont été, quelques mois plus tard, publiées dans la *Revue des affaires européennes*<sup>426</sup>. Ce dossier, recueil de leurs interventions retravaillées, constitue un échantillon qu'eux-mêmes considèreraient certainement comme hautement représentatif du plus substantiel de leur travail de recherche.

<sup>424</sup> E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

<sup>425</sup> H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, PUF, 1981.

<sup>426</sup> V. Michel (dir.), « Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne ? », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 631-727.

En effet et d'une part, de nombreux colloques du même genre sont organisés dans les facultés de droit, et les chercheurs, selon leur investissement épistémique et leur domaine d'expertise, participent chaque année à plusieurs d'entre eux. La plupart des travaux présentés à l'occasion de colloques, de conférences, de séminaires ou autres journées d'études font généralement l'objet d'une publication dans une revue. D'autre part, et bien plus que les notes d'arrêt, parfois jugées surabondantes et de qualité inégale – certains en ont fait le « degré zéro » de la recherche en droit<sup>427</sup> –, les études publiées à l'occasion de ces journées témoignent en général d'un travail conséquent et d'une argumentation dense et étayée. Cette qualité pourrait s'expliquer par le contexte de leur première communication : une présentation devant un parterre composé de leurs collègues, de leurs doctorants et de quelques-uns des étudiants les plus assidus. Pour les professeurs invités, c'est l'occasion de faire honneur à leur université d'origine et d'acquiescer ou de confirmer une certaine notoriété. Tous devront faire face aux questions et remarques d'un auditoire vigilant. En prenant en exemple un tel dossier, nous mettons donc toutes les chances de notre côté pour présenter le meilleur profil de la recherche en droit.

**98. Actualité du sujet.** - En 2013, on a donc réuni des chercheurs exerçant à Aix-en-Provence (Hélène Thomas<sup>428</sup>, Anne-Marie de Matos<sup>429</sup>), d'autres à Paris (Anastasia Iliopoulou-Penot<sup>430</sup> de l'Université Paris-Est Créteil, Sophie Robin-Olivier<sup>431</sup> et Ségolène Barbou des Places<sup>432</sup> de la Sorbonne, Morgan Sweeney<sup>433</sup> de l'Université Paris Dauphine), à Lyon (Marie-Laure Basilien-Gainche<sup>434</sup>) ou encore au Luxembourg (Eleftheria Neframi<sup>435</sup>) pour les entendre sur le problème de l'intégration sociale des migrants. À les lire, la commande était pertinente. Le souci de l'intégration sociale des migrants en droit de l'Union est relativement récent : on observerait sa première occurrence dans un texte obligatoire européen en 2003, dans la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de

<sup>427</sup> J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n° 1, 1985, pp. 156-157.

<sup>428</sup> H. Thomas, « Qu'est-ce que l'intégration sociale ? Sortir des conceptions nationales impériales », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 631-642.

<sup>429</sup> A.-M. De Matos, « À la recherche des critères d'intégration sociale : la situation familiale », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 643-649.

<sup>430</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l'État comme critère de l'intégration sociale », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 651-665.

<sup>431</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l'Union : entre intégration et mobilité », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 667-675.

<sup>432</sup> S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 689-703.

<sup>433</sup> M. Sweeney, « L'intégration sociale des ressortissants d'États tiers de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 677-688.

<sup>434</sup> M.-L. Basilien-Gainche, « Principe d'intégration et pouvoir de l'Union », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 715-727.

<sup>435</sup> E. Neframi, « Principe d'intégration et pouvoirs de l'État membre », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 705-714.

pays tiers résidents de longue durée<sup>436</sup>. On remarque même son usage un peu avant par la Commission dans sa communication dite « L'immigration, l'intégration et l'emploi »<sup>437</sup>. Depuis, cette expression s'est durablement installée dans le vocabulaire des autorités européennes, dont la Cour de justice de l'Union européenne, notamment lorsqu'il est question des droits garantis dans l'Union aux migrants provenant d'États membres de l'Union ou d'État tiers et des mesures d'éloignement dont ils peuvent faire l'objet. Son étude dispose ainsi de l'intérêt suscité d'emblée par les sujets d'actualité.

**99. Intérêt du sujet.** - L'usage de ce concept n'est ni anodin, ni univoque : il est problématique. La diversité et la fréquence de ses occurrences révèlent, selon les auteurs réunis, une mutation importante du droit européen des personnes<sup>438</sup>. Elle contient, à y regarder de plus près, une ambiguïté que tous les chercheurs présents auront remarqué. On pourrait, de prime abord, appréhender l'intégration sociale comme un *objectif* poursuivi par les institutions européennes dans l'adoption des règles et principes qui déterminent les conditions et le domaine de la libre circulation des personnes au sein de l'espace européen. À ce titre, l'intégration sociale serait « une fin, un objectif justifiant l'octroi de droits aux travailleurs migrants et aux membres de leur famille »<sup>439</sup>. Dans cette perspective, « les droits sont reconnus aux fins de favoriser l'intégration de la personne »<sup>440</sup>. Ainsi, « la citoyenneté de l'Union encourage et aide le migrant à s'insérer dans le tissu social de l'État d'accueil »<sup>441</sup>. Un tel usage de l'expression peut notamment être interprété dans le douzième considérant de la directive 2003/109 : « Afin de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société dans laquelle le résident s'est établi, le résident de longue durée devrait jouir de l'égalité de traitement avec le citoyen de l'État membre dans un large éventail de domaines économiques et sociaux »<sup>442</sup>.

En même temps, l'intégration sociale s'est aussi révélée être « une condition de l'octroi de certains droits reconnus aux citoyens de l'Union, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'un autre État que leur État d'origine »<sup>443</sup>. Ségolène Barbou des Places le remarque : « le critère d'intégration sociale pèse dans la balance des intérêts quand la Cour de justice détermine si un État membre d'accueil peut licitement refuser certains droits de circulation ou de

<sup>436</sup> Directive 2003/109 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE n° L16 du 23 janvier 2004, pp. 44-53.

<sup>437</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'immigration, l'intégration et l'emploi, COM(2003) 336, 3 juin 2003.

<sup>438</sup> Selon l'expression empruntée à Ségolène Barbou des Places. Voir « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 689-703.

<sup>439</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l'Union... », *op. cit.*, p. 667.

<sup>440</sup> S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale... », *op. cit.*, p. 690.

<sup>441</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l'État... », *op. cit.*, p. 651.

<sup>442</sup> Cons. n° 12, directive 2003/109, *op. cit.*

<sup>443</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l'Union... », *op. cit.*, p. 667.

citoyenneté »<sup>444</sup>. Par exemple, « les étudiants immigrés doivent démontrer “*un certain degré d’intégration dans la société*” afin d’obtenir des bourses ou des prêts pour le financement de leurs études »<sup>445</sup>. Les autorités européennes se réfèrent donc à l’intégration sociale des migrants tant comme l’*objectif* soutenant l’attribution de droits (l’Union contraindrait ses États membres à accorder aux migrants un droit de séjour et à leur verser des aides sociales *afin qu’ils puissent s’intégrer* dans la société d’accueil) que pour établir les *conditions* à remplir pour être bénéficiaire de ces droits. Alors, l’État n’aurait à verser ces prestations sociales *que si* le migrant s’est intégré à la société, ou, à tout le moins, s’il manifeste une telle volonté. Morgan Sweeney synthétise : « L’intégration sociale est tout à la fois l’étalon de l’accès des ressortissants d’États tiers à un statut et son objectif même »<sup>446</sup>. Comme le remarque Sophie Robin-Olivier, cette double fonction apparaît au sein même du considérant 18 de la directive 2004/38 : « En vue de constituer un véritable moyen d’intégration dans la société de l’État membre d’accueil dans lequel le citoyen de l’Union réside, le droit de séjour permanent ne devrait être soumis à aucune autre condition une fois qu’il a été obtenu »<sup>447</sup>.

#### 100. Incompatibilité apparente des usages du terme “intégration sociale”. -

Certains réagiront avec dureté sur le cumul des fonctions endossées par la référence à l’intégration sociale des migrants. Selon Anne-Marie de Matos, ce cumul conduit à un raisonnement circulaire : « Le regroupement familial permet l’objectif d’intégration du migrant, mais le fait de voir l’installation de ses proches auprès de lui permet également au migrant de faire la preuve de son intégration. La situation familiale devient alors en quelque sorte un élément probatoire d’intégration sociale »<sup>448</sup>. N’a-t-elle pas raison d’y voir une contradiction ? Une mesure de regroupement familial peut-elle avoir pour objectif l’intégration sociale du migrant en même temps que la situation familiale constitue la preuve d’une intégration sociale, justifiant l’octroi de droits ?

Pour Morgan Sweeney, ce double usage révèle l’existence d’un « paradoxe »<sup>449</sup> qu’il faut démêler. Car l’objectif affiché par l’Union d’intégrer les ressortissants d’État tiers ne serait pas pour autant mis de côté. Selon Morgan Sweeney, L’Union a bel et bien « facilit[é] l’intégration des ressortissants d’État tiers sur le territoire de l’État d’accueil »<sup>450</sup>. Le chercheur salue en particulier la jurisprudence de la Cour de justice, qui « permet la plus

<sup>444</sup> S. Barbou des Places, « Le critère d’intégration sociale... », *op. cit.*, p. 690.

<sup>445</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l’État... », *op. cit.*, p. 653, citant les arrêts suivants : Cour de justice des Communautés européennes, 15 mars 2005, C-209/03, *Bidar* ; Cour de justice des Communautés européennes, Grande chambre, 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster* ; Cour de justice des Communautés européennes, Grande chambre, 23 octobre 2007, C-11/06 et C-12/06, *Morgan et Bucher* ; Cour de justice de l’Union européenne, 18 juillet 2013, C-523/11 et 585/11, *Prinz et Seeberger*.

<sup>446</sup> M. Sweeney, « L’intégration sociale... », *op. cit.*, pp. 677-688.

<sup>447</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l’Union... », *op. cit.*, p. 667.

<sup>448</sup> A.-M. De Matos, « A la recherche des critères... », *op. cit.*, pp. 643-649.

<sup>449</sup> M. Sweeney, « L’intégration sociale... », *op. cit.*, p. 683.

<sup>450</sup> *Ibid.*, p. 678.

grande égalisation possible des droits des résidents de longue durée en limitant les marges d'appréciation des autorités nationales »<sup>451</sup>. Ses analyses tendent à démontrer que la Cour de justice garantit correctement « l'effectivité de l'objectif premier de la directive : assurer la meilleure intégration possible du ressortissant d'État tiers sur le territoire national »<sup>452</sup>. Par conséquent, dit-il, « la démarche de la Cour mérite d'être approuvée »<sup>453</sup> par ceux adhérant à l'objectif d'intégration des migrants. L'auteur conclut en affirmant que le droit de l'Union, de cette façon, réalise la fonction intégrative du droit : « le droit de l'Union européenne répond désormais à cette fonction éminente allouée au droit par Habermas : il est un médium de l'intégration sociale des citoyens européens mobiles et des ressortissants d'État tiers sédentarisés »<sup>454</sup>.

### **101. La justification de l'émergence de l'intégration sociale comme condition. -**

Les auteurs semblent d'accord pour expliquer l'évolution de l'usage de "l'intégration sociale du migrant". Le fait que l'intégration sociale joue désormais le rôle de condition d'octroi de droits aux migrants se comprend par le fait que le champ des bénéficiaires de la libre circulation des personnes au sein de l'Union a été progressivement étendu : d'abord réservée aux travailleurs, la libre circulation concerne désormais les membres de leurs familles, les étudiants, les inactifs et enfin les ressortissants d'État tiers. A été également étendu le contenu des droits dérivés de cette liberté : par le jeu du principe de non-discrimination sur la nationalité, les migrants se sont vus conférer le droit de séjour sur le territoire, puis l'accès aux prestations sociales. Dès lors, remarque Sophie Robin-Olivier, « cet étirement du domaine de la libre circulation a fait craindre des perturbations du modèle redistributif de certains États membres, autrement dit, dans le langage de la Cour de justice, un accroissement "déraisonnable" des coûts portant atteinte à "l'équilibre financier" des régimes d'aide »<sup>455</sup>.

Le législateur et le juge européen ont dû se montrer attentifs à l'équilibre financier des États que la menace du « tourisme social »<sup>456</sup> pourrait venir fragiliser. Le critère de l'intégration sociale joue précisément ce rôle : il permet aux institutions européennes de tolérer et d'encadrer la réduction par les États du cercle des bénéficiaires de prestations sociales à caractère non contributif, en partant du principe que « le migrant économiquement inactif qui dispose d'attaches concrètes avec l'État d'accueil n'est pas considéré comme représentant un fardeau pour le système social de cet État »<sup>457</sup>. Ainsi, « la Cour a recouru à

---

<sup>451</sup> *Ibid.*, p. 686.

<sup>452</sup> *Ibid.*, p. 687.

<sup>453</sup> *Ibid.*

<sup>454</sup> *Ibid.*, p. 688.

<sup>455</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l'Union... », *op. cit.*, p. 669.

<sup>456</sup> Expression utilisée par les officiels, notamment les avocats généraux. Voir par exemple, les conclusions de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer sous l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, 10 juillet 2003, C-138/02, « Brian Francis Collins c/ Secretary of State for Work and Pensions », §75.

<sup>457</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l'État... », *op. cit.*, p. 655.

l'intégration sociale comme critère pivot qui permet d'articuler la protection de l'intégrité du régime de solidarité et l'exigence de non-discrimination entre les Européens »<sup>458</sup>.

**102. Détermination du critère d'intégration sociale.** Puisque l'intégration est un critère, il s'avère nécessaire d'en déterminer l'usage technique : « tandis que l'objectif d'intégration fonctionnait comme un idéal qui paraissait pouvoir se passer de définition, l'intégration, en tant que conditions des droits, exige une définition ou, du moins, une méthode permettant de vérifier sa réalisation »<sup>459</sup>. Comme « la Cour ne fournit pas un seul "mode d'emploi" »<sup>460</sup>, Anastasia Iliopoulou-Penot va l'élaborer. Pour elle, l'intégration sociale d'un migrant s'estime en fonction des « liens réels qui rattachent l'individu à un État donné »<sup>461</sup>. Elle distingue deux méthodes complémentaires de reconnaissance de ce lien réel : une conception qualitative et une conception formelle. La méthode qualitative consiste à « mesure[r] l'intégration à partir d'un faisceau d'indices »<sup>462</sup>. Cette méthode paraît, selon elle, fort appropriée lorsqu'il est question d'évaluer l'intensité de l'intégration sociale du migrant, comme c'est le cas lorsqu'il est contesté le maintien d'un étranger sur le territoire de l'État d'accueil en vertu d'une protection renforcée contre l'éloignement<sup>463</sup>. Parfois, cependant, la Cour semble manier une conception formelle de l'intégration, en reconnaissant la possibilité de la reconnaissance d'une « présomption d'intégration », comme lorsque les migrants résident sur le territoire de l'État d'accueil au terme de cinq ans de séjour légal et continu<sup>464</sup>. De cette perspective, Anastasia Iliopoulou-Penot remarque à la lecture d'un arrêt de la Cour de justice que la juridiction considère ainsi les migrants travailleurs : « S'agissant de travailleurs migrants et frontaliers, le fait d'avoir accédé au marché du travail d'un État membre crée, en principe, le lien d'intégration suffisant dans la société de cet État »<sup>465</sup>.

**103. Intégration et mobilité.** - Sophie Robin-Olivier s'inquiète d'une autre contradiction : « l'intégration, caractérisée par un ancrage territorial, une certaine concentration des liens et intérêts de la personne, est devenue la pièce maîtresse d'un droit de la libre circulation qui vise à favoriser la mobilité »<sup>466</sup>. Elle s'interroge : « ne faut-il pas privilégier une conception de l'intégration qui prenne en compte la mobilité et le fait que le droit de l'Union a pour finalité de favoriser cette mobilité, ce qui peut entraîner la constitution

<sup>458</sup> S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale... », *op. cit.*, p. 690.

<sup>459</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l'État... », *op. cit.*, p. 656.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 656.

<sup>461</sup> *Ibid.*, p. 651.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 657.

<sup>463</sup> Article 28.1 de la directive 2004/38 : « Avant de prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, l'État membre d'accueil tient compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine ».

<sup>464</sup> A. Iliopoulou-Penot, « Le rattachement à l'État... », *op. cit.*, p. 661.

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 663.

<sup>466</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l'Union... », *op. cit.*, p. 668.

de liens multiples dans des États différents ? Cela impose de réfléchir à une adaptation de la conception d'intégration afin d'intégrer la vocation à la mobilité du citoyen européen »<sup>467</sup>. Elle trouve cette mobilité fondamentale, et regrette son « éclipse » par l'idée d'intégration : « ce critère de l'intégration ne paraît [...] pas conçu, ou insuffisamment, pour prendre en compte la vocation à la mobilité du citoyen européen »<sup>468</sup>. Elle remarque toutefois « les prémisses d'une prise en compte de la vocation à la mobilité »<sup>469</sup>, notamment dans les cas de demande de prestations d'assistance sociale par les demandeurs d'emploi dans un autre État que leur État d'origine. Dans son interprétation de l'arrêt *Ioannidis*<sup>470</sup>, la Cour, dans sa recherche de l'intégration sociale, prend en compte la mobilité de la personne : « dans le cadre de la libre circulation, un demandeur d'emploi peut fort bien avoir fait ses études dans un autre État, car cette possibilité relève des droits attachés à la citoyenneté. Le fait d'avoir étudié dans un État constitue à la fois un élément d'intégration dans cet État et une dimension de la mobilité favorisée par le droit de l'Union, dont les conséquences négatives sur les droits du citoyen mobile doivent donc être minimisées. Par conséquent, l'intégration sur le marché du travail de l'État d'accueil, qui peut être requise pour obtenir le versement d'une prestation destinée aux demandeurs d'emploi, ne doit pas conduire à nier l'existence d'une mobilité qui prend sa source dans le droit de l'Union et les liens qui peuvent en résulter entre le citoyen mobile et un autre État de l'Union »<sup>471</sup>. Pour autant, Sophie Robin-Olivier regrette que l'idée d'intégration sociale « manque d'une dimension proprement européenne, clairement affirmée, qui tienne compte de la pluralité des liens constitués et entretenus par les citoyens de l'Union avec plusieurs États membres, dans le cadre de la libre circulation des personnes que le droit de l'Union a vocation à favoriser. Une telle approche est en germe dans la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'octroi des prestations sociales aux citoyens non-actifs. Sa généralisation paraît souhaitable afin que la citoyenneté européenne puisse prendre appui sur une européanisation du concept d'intégration »<sup>472</sup>.

**104. Systématisation du droit européen des personnes par l'intégration sociale.** - Ségolène Barbou des Places, quant à elle, a beaucoup insisté sur l'ampleur de la transformation du droit de l'Union qu'implique le recours à l'idée d'intégration sociale, « en droit communautaire de l'immigration, en droit de la circulation des travailleurs et de la citoyenneté mais aussi, de façon moins attendue, au droit du mandat d'arrêt européen. Le critère d'intégration est à ce point transversal que la doctrine a d'ailleurs pu s'interroger sur

---

<sup>467</sup> *Ibid.*

<sup>468</sup> *Ibid.*, p. 671.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 673.

<sup>470</sup> Cour de justice des Communautés européennes, 15 septembre 2005, C-258-04, « Office national de l'emploi c/ Ioannis Ioannidis ».

<sup>471</sup> S. Robin-Olivier, « Le citoyen de l'Union... », *op. cit.*, p. 674.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p. 675.

sa qualité de “principe” »<sup>473</sup>. Les distinctions entre national et étranger, ou celle entre travailleur et inactif, qu’on avait jusqu’alors coutume de tenir pour essentielles, serviraient de moins en moins à déterminer qui peut revendiquer la protection de ses droits : « la figure du national est ainsi côtoyée par celle de la personne intégrée [...] C’est au seul nom de son intégration sociale qu’un ressortissant d’État tiers accède à ce statut très privilégié »<sup>474</sup>. « Au point », dit-elle, « que la question se pose, aujourd’hui, de savoir si l’intégration sociale pourrait devenir ce critère unique de définition de la personne bénéficiaire du droit de l’Union »<sup>475</sup>. Ce renouvellement du droit européen des personnes aurait des conséquences importantes sur la jurisprudence de la Cour de justice. Elle impliquerait l’avènement d’une « nouvelle rationalité »<sup>476</sup> : « Alors que le droit du marché valorise l’échange, c’est-à-dire l’action ou le fait de donner une chose et d’en recevoir une autre en contrepartie, le droit de l’intégration sociale véhicule une conception plus substantielle, plus durable de la relation conçue comme (aptitude à la) rencontre »<sup>477</sup>. Avec ce nouveau principe, elle s’oppose à ceux qui voyaient plutôt le droit européen des personnes se reconstruire autour de l’idée de *résidence* comme remplacement à la *nationalité* : « Dans ce contexte, l’on maniera avec prudence la notion de citoyenneté de résidence. Si l’on peut, avec certains auteurs, voir des indices multiples du passage de la citoyenneté nationalitaire à la citoyenneté de résidence, cette dernière ne semble pouvoir correspondre à la rationalité révélée par le critère d’intégration que si on la définit de façon substantielle. La seule résidence ne provoque rien », martèle l’auteure, « c’est la résidence entendue comme traduisant une capacité et un désir de rencontre qui produit des effets juridiques »<sup>478</sup>.

**105. Critiques fondamentales.** - Pour Marie-Laure Basilien-Gainche et Hélène Thomas, « le tableau n’est guère réjouissant »<sup>479</sup>. Pour la première, « la politique d’intégration telle qu’elle s’affirme depuis maintenant plus d’une vingtaine d’années dans l’Union européenne et ses États membres est conçue comme une obligation imposée par la société aux étrangers »<sup>480</sup>. Quand elle cite l’article 4 de la directive 2003/86/CE, qui affirme que « [l]a possibilité de limiter le droit de regroupement familial pour les enfants de plus de 12 ans dont la résidence initiale n’est pas chez le regroupant, vise à tenir compte de la faculté d’intégration des enfants dès le plus jeune âge et garantit qu’ils acquièrent l’éducation et les connaissances linguistiques nécessaires à l’école », c’est parce qu’il lui glace le sang : « l’intégration est posée ici de manière négative comme une condition, ce qui n’est pas sans interroger, voire inquiéter,

---

<sup>473</sup> S. Barbou des Places, « Le critère d’intégration sociale... », *op. cit.*, p. 690.

<sup>474</sup> *Ibid.*

<sup>475</sup> *Ibid.*

<sup>476</sup> *Ibid.*

<sup>477</sup> *Ibid.*, p. 695.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 697.

<sup>479</sup> M.-L. Basilien-Gainche, « Principe d’intégration... », *op. cit.*, p. 716.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 725.

d'autant que l'obligation faite ainsi au migrant concerne en l'espèce un mineur non accompagné »<sup>481</sup>. Dans ces conditions, « l'intégration des ressortissants de pays tiers n'est pas une adaptation réciproque entre l'étranger et la société hôte, l'étranger étant cet autrui qui bénéficie de notre hospitalité ; elle est une obligation faite à l'étranger de s'adapter à la société hôte, l'étranger étant alors cet autre qui suscite notre hostilité »<sup>482</sup>.

Selon Hélène Thomas, il y a derrière le critère de l'intégration sociale un « modèle d'analyse et d'action périmé qui enferme désormais l'Union européenne dans une contradiction mortifère ». Ce modèle « fait de la citoyenneté politique et de la garantie des droits un privilège réservé à ses seuls ressortissants, alors que dans des décennies à venir elle aura besoin pour son marché intérieur de main-d'œuvre, formée sur son territoire et qui y demeure sur de longues périodes pour travailler, produire, consommer mais aussi faire souche, la population des pays de l'Union étant vieillissante et sa démographie malthusienne »<sup>483</sup>. Alors qu'ils devraient être accueillis et protégés sans condition, « les non-nationaux doivent démontrer en permanence leur capacité à s'auto-inclure pour éventuellement accéder à la protection de leurs droits et à la citoyenneté »<sup>484</sup>. L'enjeu qu'elle démasque derrière le durcissement des conditions d'accès aux droits est la formation d'un contingent de travailleurs bon marché : on « fait des migrants en provenance des pays tiers dans l'Union européenne de super-travailleurs dérégulés, un salariat bridé et un réservoir de main d'œuvre »<sup>485</sup>. Pour elle, on agite la citoyenneté comme la récompense d'une attitude docile et dévouée, ce qui permet aux États de déchoir les étrangers de leurs droits s'ils ne manifestent plus leur volonté de travailler, ou s'ils ne se conforment pas aux standards attendus du citoyen modèle : « L'Union européenne au travers de ses réglementations et de ses institutions est alors une sorte d'agence de recrutement et d'intérim à l'échelle régionale qui sélectionne, façonne et *designe* les migrants »<sup>486</sup>. Pour sortir de l'impasse, Hélène Thomas propose « trois pistes pour changer de modèle ». La première est « la déconnexion entre la nationalité et la garantie des droits et l'abandon de ce supposé continuum insertion-intégration-assimilation qui n'en est pas un car il est une hiérarchie productrice de statut inégaux »<sup>487</sup>. La deuxième est de « déconnecter la question de l'inclusion des populations de celle de la protection des frontières [...] Il faut donc concrétiser la liberté d'aller et venir pour tous les migrants et soutenir ces associations informelles de pairs qui étayent des migrants dans leur volonté d'inclusion sociale dans les pays de l'Union par l'accès à la consommation ». Et, enfin, de « mettre en place à l'échelle de l'Union un autre dispositif de jonction entre

---

<sup>481</sup> *Ibid.*, p. 726.

<sup>482</sup> *Ibid.*, p. 727.

<sup>483</sup> H. Thomas, « Qu'est-ce que l'intégration... », *op. cit.*, p. 631.

<sup>484</sup> *Ibid.*, p. 632.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 636.

<sup>486</sup> *Ibid.*

<sup>487</sup> *Ibid.*, p. 640.

inclusion politique et inclusion socio-économique »<sup>488</sup>, opposé à celui « toujours plus pointilleux et attentatoire au respect de leurs croyances et de leur vie privée ». Ce modèle, promet-elle, sera « l'occasion d'une production de droits pour les assujetti(e)s en lieu et place d'être celle de leur stigmatisation, de leur discrimination et de l'incitation à la haine envers eux »<sup>489</sup>.

## § 2. La théorie de la science du droit contre la doctrine juridique

**106. Absence d'un système conceptuel autonome "science du droit des personnes".** - La "science du droit européen des personnes", si elle existe, n'a pas été révélée par le colloque aixois. Remarque-t-on l'usage de concepts que l'on pourrait dire faire partie d'un système conceptuel relevant d'une telle discipline ? Le concept central de leur recherche, l'intégration sociale des migrants, est un concept juridique. Pour les intervenants au colloque, cette juridicité ne fait aucun doute, et c'est pourquoi ils tiennent tant à déterminer les conditions et les conséquences de son application. Ils évaluent son usage par les autorités et en proposent des conceptions alternatives. Attachés à la cohérence du droit européen des personnes, ils l'érigent même en principe directeur : il serait possible, avec lui, d'interpréter à nouveaux frais l'ensemble des règles fondamentales de la discipline. Le concept d'intégration sociale est donc à la fois ce *sur* quoi ils travaillent et ce *avec* quoi ils travaillent. Pour déterminer sa signification et évaluer ses usages, ils doivent l'associer avec d'autres concepts, comme "résident de longue durée", "État membre", "rapprochement familial", "prestations sociales à caractère non contributif", qui sont également des concepts constitutifs du droit européen des personnes.

**107. Concepts méthodologiques pour le droit.** - Certaines des expressions avec lesquelles l'idée d'intégration sociale est associée vont servir à qualifier l'usage de l'expression lui-même. Ce sont les concepts méthodologiques : "objectif", "principe", "critère", "présomption". Ces concepts révèlent bien un niveau de langage réflexif, un métalangage. Cependant, nous ne pourrions pas les considérer comme constituant un système conceptuel associable à une discipline "science du droit". Il ne s'agit pas de concepts révélant un système conceptuel autonome de la discipline juridique, mais de concepts juridiques de second ordre, indispensables à sa réflexivité. "Présomption" n'est pas un concept de la science du droit, c'est un concept juridique. Le législateur fait usage de ces concepts méthodologiques. Ils sont employés par les juges pour traiter les cas qui leur sont soumis et par les avocats pour défendre leurs clients. Dans un arrêt du 27 juin 2006, la Cour de justice s'emploie par exemple

---

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 640.

<sup>489</sup> *Ibid.*, p. 641.

à « distinguer, d'une part, le *critère* d'intégration, qui serait quantifiable au moment de la demande de regroupement familial et, d'autre part, *l'objectif* d'intégration des mineurs »<sup>490</sup>.

**108. La doctrine juridique n'est pas scientifique.** - Comme les officiels, les chercheurs en droit parlent le langage du droit européen des personnes. Qu'ils utilisent, ensemble, le même système conceptuel révèle qu'ils s'adonnent, ensemble, à la même activité conceptuelle : tous font du droit européen des personnes. L'hypothèse du droit comme discipline rencontre donc ici une forme de corroboration. Si l'on reconnaît que le droit européen des personnes est une discipline épistémique, il n'est plus nécessaire d'imaginer un système conceptuel supplémentaire révélateur d'une "science du droit européen des personnes" pour comprendre ce que font les auteurs. Ils en discutent les règles, telles qu'elles sont appliquées ou qu'il faudrait les appliquer.

Les partisans de la thèse dualiste et de la théorie de la science du droit partageraient sans aucun doute ce diagnostic. Du reste, ils comprendront parfaitement l'enjeu qui anime les chercheurs du colloque d'Aix-en-Provence. Ils diraient, comme Jacques Chevallier, qu' « il s'agit d'apporter une contribution [...] au bon fonctionnement de l'ordre juridique par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions »<sup>491</sup>.

C'est précisément pour cette raison qu'il faut comprendre ces intellectuels comme « partie prenante au processus de production du droit »<sup>492</sup>. « Or », ajoute Jacques Chevallier, « cette contribution est antinomique avec une authentique démarche scientifique »<sup>493</sup>. La théorie de la science du droit montre à nouveau sa dimension normative. Il ne s'agit pas de dire que la recherche en droit *est* scientifique, auquel cas la théorie dualiste se trouverait ici invalidée. Il s'agit d'affirmer qu'elle *doit* l'être : ce qui ne correspond pas à la norme épistémologique doit être disqualifié. Cette opération de disqualification se réalise par les termes de "doctrine juridique" et de "dogmatique juridique". Sur ce point, Jacques Chevallier est catégorique : « Dès l'instant donc où elle tend à apporter une contribution au fonctionnement de l'ordre juridique, où elle cherche à agir sur le droit – même si son influence reste incertaine, fragile et dans tous les cas médiante, indirecte – la "doctrine juridique" ne se situe plus sur le terrain de la "science du droit" ». La disqualification épistémologique est sans appel : « Par là même, la doctrine juridique apparaît comme "*a-scientifique*" : elle ne remplit pas les conditions fondamentales auxquelles doit répondre une science [...] ; elle se situe en fait en dehors du champ scientifique pour se placer sur le terrain de la *dogmatique juridique*.

---

<sup>490</sup> Cour de justice des communautés européennes, 27 juin 2006, C-540/03, *Parlement européen c/ Conseil*, cité par A.-M. De Matos, « À la recherche des critères... », *op. cit.*, p. 645.

<sup>491</sup> J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 105.

<sup>492</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 109.

L'adoption d'un point de vue scientifique sur le droit implique dès lors une claire rupture avec cette dogmatique, qui ne dissocie pas connaissance du droit et production du droit »<sup>494</sup>. Parce qu'elle entend déterminer la meilleure signification des règles juridiques, la doctrine ne dissocie pas le droit et la science du droit et ne peut donc être vue comme l'élaboration de connaissances sur l'objet-droit.

L'épistémologie juridique scientifique rencontre ici une résistance à son appel à la probité intellectuelle, une infraction à sa norme épistémologique. Puisqu'elle n'est pas scientifique, la recherche ainsi réalisée est rabaissée au rang d'*opinion*. C'est ainsi que l'on définit traditionnellement les résultats de la "doctrine juridique" : « On désigne sous ce terme, non seulement la simple expression d'une *opinion*, théorie ou thèse (premier sens), mais encore l'ensemble des *opinions* émises sur le droit (deuxième sens) et, par extension les *travaux* eux-mêmes et *leurs auteurs* (troisième sens) »<sup>495</sup>.

Le droit-objet, vidé de toute dimension épistémique, ne pourrait admettre en son sein que des opinions sans statut véritable. Là où la théorie de la science du droit semble vouloir insister, c'est en précisant que l'opinion des chercheurs acquiert abusivement une forme d'importance vis-à-vis de celle du simple citoyen. Elle ne deviendrait une opinion autorisée qu'à la faveur d'une posture savante que ces auteurs s'attribuent indûment lorsqu'ils font croire que leur activité est bel et bien scientifique. Dans leurs discours, selon Jacques Chevallier, « la doctrine devient apparemment synonyme de science du droit »<sup>496</sup>. C'est ce « glissement »<sup>497</sup> dont se plaignent les épistémologues, et c'est bien, selon eux, « contre cet amalgame qu'il devient important de montrer que "doctrine juridique" et "science juridique" relèvent en réalité de deux perspectives différentes »<sup>498</sup>.

La condamnation se veut générale : lorsqu'ils critiquent le droit en vigueur, les chercheurs en droit n'émettent que des opinions dépourvues de toute rigueur épistémologique ; lorsqu'ils justifient la décision des autorités, c'est qu'ils soutiennent idéologiquement le pouvoir en place. Les chercheurs sont ainsi vus comme participant à l'idéologie officielle sanctionnée par les autorités, rôle qu'ils remplissent particulièrement bien lorsqu'ils systématisent les règles gouvernant leur discipline. Systématisation des règles et soutien idéologique du pouvoir en place vont ainsi de pair : « le travail de systématisation donne à la doctrine un rôle essentiel dans la construction et dans la reproduction de l'ordre juridique. Le droit ne peut remplir en effet la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain

---

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>495</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>496</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>497</sup> *Ibid.*

<sup>498</sup> *Ibid.*

degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent. [...] Le travail de systématisation n'a pas seulement pour ambition de rendre compte du droit existant : il débouche aussi sur la production de représentations qui conduit la doctrine à exercer une fonction proprement idéologique »<sup>499</sup>.

Le versant critique et le versant légitimatoire de la doctrine sont discrédités d'un bloc comme « a-scientifiques » car ils inclinent à des opérations incompatibles avec l'exigence d'une dissociation du droit et de la science du droit. « La doctrine est « une connaissance "intéressée" », tandis que la science du droit produit « une connaissance "désintéressée" et gratuite »<sup>500</sup> : « Il ne s'agit plus d'apporter une contribution au fonctionnement de l'ordre juridique, d'intervenir dans les processus de production du droit, de produire de la normativité, mais d'analyser le phénomène juridique »<sup>501</sup>.

**109. Importance quantitative de la doctrine juridique.** - Cette disqualification est d'une grande portée car lesdites opinions constituent l'immense majorité des contributions de la recherche en droit. Les positivistes, une fois débarrassés de la tradition jusnaturaliste, ont eu les mains libres pour insister à l'envi sur les exigences auxquelles les chercheurs en droit devaient se plier, mais ceux-là semblent avoir été largement sourds à leurs appels. Leur activité ne cesse pas d'être "doctrinale". Richard Posner reconnaîtra l'ampleur de cette résistance dans les universités américaines : « La recherche en droit doctrinale se poursuit ; en effet, elle continue de dominer la recherche en droit, si l'on en croit le nombre d'articles, de notes, de recueil d'arrêts commentés, et même plus encore si l'on compte en nombre de pages »<sup>502</sup>.

En bref, ce n'est pas dans la recherche en droit telle qu'elle s'exerce quotidiennement que se trouve l'indice d'une activité conceptuelle autonome de celle du droit. On peut se demander, d'une part, pourquoi les chercheurs, dans leur immense majorité, ne suivent pas le modèle des sciences de la nature, alors qu'il leur permettrait d'accéder à de véritables connaissances et, accessoirement, de bénéficier légitimement du statut de scientifique. Peut-être parce que ce qu'ils disent de non-scientifique importe plus à leurs yeux que leur accession éventuelle à la dignité scientifique ? Est-il possible qu'ils se soucient davantage du sort des migrants devant les cours européennes que de celui de leurs travaux devant le tribunal de l'épistémologie juridique ? D'autre part, on se trouve en droit de réclamer l'exemple d'une authentique science du droit, une activité d'analyse du droit enfin « désintéressée ». Ici, l'idée qui vient à l'esprit est la suivante : s'il existe un exemple de science du droit, il aurait été fourni

---

<sup>499</sup> *Ibid.*, pp. 107-108.

<sup>500</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>501</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>502</sup> R. Posner, « Legal scholarship today », *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, p. 1314.

par ceux qui, dans leurs travaux épistémologiques, ont réclamé avec insistance la réalisation d'une véritable science du droit. Hans Kelsen ou Alf Ross, par exemple.

### **Section 3 : Deux théories de la science du droit et le droit comme discipline**

La doctrine juridique n'est pas interprétable comme une pratique conceptuelle autonome qui mériterait qu'on la distingue du droit. Nous sommes donc conduits à revenir sur les méthodologies conçues par les théoriciens de la science du droit pour savoir si leurs applications méritent de concevoir abstraitement une discipline supplémentaire à la discipline juridique. Dans ce cadre, et bien qu'ils l'aient eux-mêmes recommandée, l'hypothèse dualiste est contestable. Une interprétation moniste montre à voir des aspects essentiels de leurs méthodologies, dont ils ne font pas mention. De cette perspective, le normativisme de Hans Kelsen conduit à une recherche en droit dogmatique si aliénante qu'il est impossible, et pour Kelsen également, de s'y astreindre très longtemps (§1). Le réalisme de Ross, quant à lui, pose les fondements pour une méthode interdisciplinaire entre le droit, la psychologie et la sociologie, ce que l'on ne peut comprendre que si nous concevons le droit comme une discipline (§2).

#### **§1. Hans Kelsen et la dogmatique juridique**

**110. Scientificité et dualisme épistémologique chez Kelsen.** - Hans Kelsen est le plus célèbre tenant de la séparation du droit et de la science du droit. Dans sa *Théorie pure*, le chapitre « Droit et science » commence par « l'assertion, qui est évidente, que l'objet de la science du droit est le droit [...] »<sup>503</sup>. D'un côté l'objet, « un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »<sup>504</sup>. De l'autre, la science du droit, dont on apprend qu'elle « ne peut *que* décrire le droit »<sup>505</sup>. « Il [lui] appartient », précise-t-il, « de connaître le droit – pour ainsi dire du dehors –, et, sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser. En tant qu'autorités juridiques, les organes juridiques ont d'abord à créer le droit – c'est la condition nécessaire pour qu'il puisse être ensuite connu et décrit par la science du droit »<sup>506</sup>. « La science », dit-il encore, « est fonction de connaissance et de description, elle n'est pas fonction de volonté et

---

<sup>503</sup> « [...] inclut l'assertion, – qui est moins évidente – que la science du droit a pour objet les normes juridiques » H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>505</sup> *Ibid.*, p. 80. Nous soulignons.

<sup>506</sup> *Ibid.*, p. 79.

de prescription »<sup>507</sup>. Il concevra cette opposition comme « la différence radicale » qui existe entre « la fonction de la connaissance juridique » et « la fonction de l'autorité juridique » qui, selon lui, « est représentée par les organes de la collectivité juridique »<sup>508</sup>.

Ces organes créent des *normes juridiques* et la science du droit, des *propositions de droit* : « il faut distinguer », répète Hans Kelsen, « ces *propositions de droit* des normes de droit ou normes juridiques (*Rechtsnormen*) »<sup>509</sup>. Les uns font le droit positif, et les autres, des théories du droit positif. Il y a donc, par exemple et selon cette perspective, un « droit international classique » auquel s'ajoute, par-dessus, une « théorie du droit international »<sup>510</sup>. Il y aurait par conséquent deux classes de concepts véritablement distinctes l'une de l'autre, et pour des raisons logiques. Hans Kelsen soutient, par exemple, que « ce n'est pas le droit, c'est la science du droit qui exprime l'unité de ces obligations et de ces droits au moyen de la notion de personne physique »<sup>511</sup>. Ainsi, le concept de "personne physique", qui connecte des obligations et des droits, n'est que ce dont « on se servirait pour la description du droit à titre de concept auxiliaire »<sup>512</sup>. "Personne juridique" n'est pas un concept juridique non plus : « répétons-le, cette personnification et son résultat, le concept auxiliaire de personne juridique, ne sont pas les produits du droit lui-même, mais les produits de la science »<sup>513</sup>. Il reconnaît cependant que « certes, l'autorité qui crée le droit, le législateur, peut se servir lui aussi de cette notion, comme il peut se servir de n'importe quelle notion créée par la science du droit »<sup>514</sup>, mais son usage par les autorités est sans conséquence particulière : « cela ne change rien à l'origine et au caractère de la notion »<sup>515</sup>. En réaffirmant cette distinction au moment même où elle montre des signes de fragilité, Kelsen témoigne d'à quel point elle lui est essentielle.

**111. L'alternative entre science et politique juridique.** - Chez Kelsen, la *summa divisio* entre la science du droit et son objet correspond à la distinction entre science du droit et politique juridique car il conçoit les normes juridiques comme la signification d'un acte de pouvoir, de « volonté ». Ainsi, « la dépolitisation qu'exige la théorie pure du droit a trait à la science du droit et non à son objet, le droit. Le droit ne peut pas être isolé de la politique dès lors qu'il en est un instrument. Sa création aussi bien que son application sont politiques et cela implique des fonctions déterminées par des jugements de valeur. Mais la science du droit peut et doit être séparée de la politique s'il lui est permis, en définitive, de prétendre au statut

---

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 80, note 7.

<sup>508</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>509</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>510</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>511</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>512</sup> *Ibid.*

<sup>513</sup> *Ibid.*

<sup>514</sup> *Ibid.*

<sup>515</sup> *Ibid.*

de science »<sup>516</sup>. Il ne croit pas à l'idée d'une raison pratique<sup>517</sup> et reprochera un engagement politique ou idéologique à ceux qui excèdent les limites de la science. Il se montre sévère à l'encontre « de tous ceux qui, méconnaissant les frontières qui séparent la science de la politique, croient pouvoir fixer, au nom de la science, le contenu que devrait avoir le droit, c'est-à-dire qui croient pouvoir déterminer le droit juste et par là même un étalon de la valeur du droit positif »<sup>518</sup>. Ainsi, il considère comme une « confusion entre science juridique et politique juridique »<sup>519</sup> l'affirmation suivante : « C'est [...] l'avantage presque unique en son genre de la science du droit parmi les sciences culturelles de ne pas se promener à côté et derrière le droit, mais d'être admise à contribuer à former le droit lui-même et la vie dans et sous l'empire du droit »<sup>520</sup>. Kelsen expose ainsi sa conception essentiellement *politique* du droit. « Toute controverse juridique », ira-t-il jusqu'à dire, « est une controverse politique »<sup>521</sup>. Réduisant le droit à la signification des actes de ceux qui ont reçu une « attribution de pouvoir »<sup>522</sup>, une habilitation, « déterminer le droit juste » ne peut être qu'un acte de pouvoir.

**112. Autolimitation et renoncement.** - Kelsen demande aux chercheurs en droit « la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif, même s'ils se présentent, en toute bonne foi, comme l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe »<sup>523</sup>. Pour réaliser cette « autolimitation »<sup>524</sup>, le chercheur en droit devra dompter son animal politique intérieur, devenir un pur technicien exempté des controverses juridico-politiques. Alexandre Viala suggère une métaphore qui implique une histoire de casquette pour comprendre l'attitude

<sup>516</sup> H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), trad. de l'allemand par Ph. Coppens, *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 559.

<sup>517</sup> « Dire qu'une norme est immédiatement évidente équivaut à admettre qu'elle est donnée dans la raison et par la raison. L'idée d'une norme immédiatement évidente présuppose le concept d'une raison pratique, c'est-à-dire d'une raison qui pose des normes. Mais on montrera que ce concept est indéfendable, parce que la raison a pour fonction la connaissance, et non le vouloir ; or, la création de normes est un acte de la volonté », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 195-196. Il critique donc fermement l'idée de raison pratique chez Kant, « contradictoire en soi » et « résultat d'une confusion inadmissible entre deux facultés de l'homme », H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, (1976), trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. Léviathan, 1996, pp. 100-101. Sur ce point, C. M. Herrera, « Le rejet de la philosophie pratique », in *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, pp. 49-61.

<sup>518</sup> « Préface de la seconde édition », *ibid.*, p. 7.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p. 81, note 8.

<sup>520</sup> K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, W. Kohlhammer, 1956, cité par H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 81, note 8.

<sup>521</sup> H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* (Qui doit être le gardien de la Constitution ?), *Die Justiz*, 1931, p. 30, réédité in H. Kelsen *Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, éd. Mohr Siebeck, 2008. Cité et traduit par C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 211.

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 149. « Le pouvoir juridique qui a été analysé dans les pages précédentes comme représentant le droit subjectif – droit privé ou droit politique – n'est qu'un cas particulier qui illustre cette fonction de l'ordre juridique que nous avons qualifiée d'attribution de pouvoir ou « habilitation » (*Ermächtigung*) », *ibid.*, p. 149.

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 4.

préconisée<sup>525</sup>. Cette « ascèse méthodologique », dit-il, « consiste à tenir un regard strictement extérieur par rapport à leur objet d'étude, le droit positif. Le décrire, le comprendre, ne jamais le juger. À moins de le juger en prenant soin, chemin faisant, d'annoncer que les propos qui tiennent lieu d'une telle évaluation, sont proférés, derrière le juriste-savant qui tient la plume, par l'homme et le citoyen qu'il est, indépendamment de son métier. En d'autres termes, le juriste qui s'assigne une telle discipline est capable de dédoubler sa personne en tâchant, dès qu'il est tenté d'émettre un jugement de valeur sur le droit positif, de retirer sa casquette de savant. Son souci de préserver l'étanchéité entre droit et science du droit, entre un ensemble d'énoncés normatifs porteurs de jugements de valeur et un discours descriptif décliné en jugements de réalité, entre l'univers du devoir-être et celui de l'être, cette préoccupation, dis-je, le préserve de la tentation d'utiliser l'alibi de la science pour justifier ses convictions éthico-normatives. Ce juriste est en règle générale un positiviste »<sup>526</sup>. « L'homme et le citoyen » pourra s'engager dans des combats idéologiques et agir pour ce qu'il estime être les justes causes. Mais, pour une épistémologie « anti-idéologique », le rôle de savant est antinomique tel d'un engagement. Elle réclame l'objectivité par l'exigence d'une « neutralité axiologique ». Et l'intime conviction d'une erreur de justice ou d'une législation inique, par exemple, n'est pas neutre axiologiquement. Il s'agit d'un jugement de valeur, conçu comme fondamentalement subjectif, privé. Le scientifique du droit décrit le système des normes juridiques, création des organes du droit selon leur volonté. Et, quoi que ces organes du droit disent, le chercheur *vraiment* rigoureux ne tentera jamais d'expliquer pourquoi il s'agit là, devant lui, d'une bonne ou d'une mauvaise décision.

Kelsen a-t-il toujours été aussi rigoureux, aussi implacable ? A-t-il assez « purifié » son attitude vis-à-vis du droit ? Il faut en douter, bien sûr, car « la "pureté" », dit Kelsen, s'il y a un seul point sur lequel elle « saurait être sérieusement mise en question [est] celui de savoir dans quelle mesure elle est en fait réalisable »<sup>527</sup>. Carlos Herrera a déjà bien mis en évidence l'engagement politique de Kelsen, et on remarque avec lui qu'il l'a parfois exprimé par des moyens clairement contraires à l'éthique du savant positiviste<sup>528</sup>. Kelsen, par exemple, prend position pour l'annexion de l'Autriche par l'Allemagne, « non seulement dans ses "écrits politiques", mais également dans son manuel d'*Österreichisches Staatsrecht*, qui pourtant s'interdit explicitement des considérations politiques ». Dans le chapitre que Kelsen intitule *L'avenir de la Constitution autrichienne*, « il écrit que son désir est de "s'épanouir dans la patrie allemande" (*aufzugehen im deutschen Vaterland*). Et il rappelle les vers d'un poète suisse allemand, Konrad Ferdinand Meyer, pour illustrer la patience (*Geduld*) du peuple allemand pour devenir un seul État ». Sur ce point, Kelsen « consacre, quatre ans plus tard, un article au

<sup>525</sup> A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 136.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>527</sup> H. Kelsen, « Préface de la première édition », *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>528</sup> C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*

problème juridique, très concret, de l'intégration étatique de l'Autriche à l'État allemand, où les appels lyriques en faveur de l'unité ne manquent pas »<sup>529</sup>.

Il est, à nos yeux, presque naturel qu'un juriste autrichien comme Kelsen, si compétent en droit constitutionnel et en droit international, s'intéresse d'aussi près à l'éventualité d'une telle annexion ; qu'il écrive pour déterminer les règles à respecter selon lui pour que cette annexion soit *bien* réalisée, et *pourquoi* sa solution est la meilleure. Et n'a-t-il pas le droit d'être lyrique si ça lui prend ? Evidemment, cela revient pour Kelsen à plaider pour une cause, ce qui est l'attitude d'un juriste engagé, pas celle d'un scientifique.

Une telle attitude se remarque également dans la *Théorie pure du droit*. En particulier, sa défense de l'idée que les lacunes n'existent pas dans le droit positif peut attirer notre attention, car elle a fait l'objet d'un commentaire critique par Michel Troper (A). Mais en vérité, chez Kelsen, la confusion du droit et de la science du droit ne se manifeste pas qu'à l'occasion de l'examen de la théorie des lacunes. Elle est structurelle dans la *Théorie pure du droit*, comme en témoigne la juridicité de la validité et de la norme fondamentale. En la refoulant, Kelsen masque qu'elle fonde les conditions pour une dogmatique juridique intégralement acritique, extrêmement aride, et dont l'intérêt est douteux (B).

## A. Hans Kelsen et les lacunes en droit

Chez Kelsen, l'absence de lacune en droit est la conséquence directe de la complétude du droit<sup>530</sup>. En effet, « l'ordre juridique règle la conduite humaine, non pas seulement de façon positive, en prescrivant une certaine conduite, c'est-à-dire en obligeant à cette conduite, mais également de façon négative, en permettant une certaine conduite par le fait de ne pas la défendre »<sup>531</sup>. Ainsi et nécessairement, « ce qui n'est pas juridiquement défendu est juridiquement permis »<sup>532</sup>. Par conséquent, « il résulte que les tribunaux peuvent toujours décider des cas concrets qui leur sont soumis en leur appliquant l'ordre juridique »<sup>533</sup>. Il existe toujours une règle applicable par le juge<sup>534</sup>.

---

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 294. Carlos Herrera cite et traduit H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht*, 1923, p. 237-238, H. Kelsen, « Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich », *Z. ö. R.*, 1927, p. 352, et fait référence à la biographie de Kelsen par R. Metall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, éd. Franz Deuticke, 1969.

<sup>530</sup> « L'idée qu'un ordre juridique positif ne comporte pas de "lacunes" (au sens où il ne peut être appliqué à un cas concret faute d'une norme générale qui s'y rapporte) est appelée aussi "clôture" ou "complétude" du droit positif », H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 494.

<sup>531</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>532</sup> *Ibid.*

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>534</sup> Pour aller plus loin : J.-L. Gardies, « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, 1979, pp. 285-296 ; Ch. Perelman (dir.), *Le*

Et pourtant, en parlant de lacune, nous affirmons « que le droit en vigueur n'est pas susceptible d'être appliqué dans un cas concret, lorsqu'il ne contient aucune norme générale qui s'y rapporte »<sup>535</sup>. Or cette idée « est fautive, et la théorie est donc erronée ; elle repose en effet sur la méconnaissance du fait que, lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire »<sup>536</sup>. Kelsen prend l'exemple d'un ordre juridique dans lequel rien n'interdit explicitement le vol d'électricité. Si, dans ce cas, nous affirmons qu'une lacune existe et qu'il faut la combler, on manifestera simplement notre volonté que le vol d'électricité soit puni. Cela constitue, dit-il, « un jugement de valeur éminemment relatif »<sup>537</sup>. L'idée d'une lacune en droit n'est qu'une « fiction » qui « consiste à présenter comme une impossibilité logique d'application de l'ordre juridique l'absence dans l'ordre juridique d'une norme déterminée, que l'on désirerait, en vertu d'un jugement de valeur subjectif, politico-moral, voir consacrer »<sup>538</sup>.

Dans ces conditions, Kelsen demande aux commentateurs de jurisprudence d'abandonner une idée pareille. La thèse de l'inexistence logique des lacunes constitue, pour les chercheurs en droit, une règle méthodologique qui interdit d'user du concept de "lacune juridique" pour démontrer quoi que ce soit.

**113. L'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse.** - Mais Kelsen remarque que l'article 1<sup>er</sup> du Code civil suisse est libellé de la façon suivante : « La loi trouve application à toutes les questions de droit pour lesquelles, d'après son texte ou d'après l'interprétation, elle contient une disposition. À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut de coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur »<sup>539</sup>. Ce texte, concède Kelsen, « suppose qu'il est possible que le droit suisse ne soit pas logiquement applicable par les tribunaux civils suisses à des cas concrets qu'ils sont appelés à décider »<sup>540</sup>. Cette disposition législative reconnaît des conditions et des conséquences d'application positives à l'existence de lacunes en droit. Elle suppose une idée qui, selon Kelsen, est « une idée fautive ».

L'auteur interroge cet usage dans un passage assez long, mais qui mérite d'être amplement reproduit : « À l'emploi de cette fiction, le législateur peut être incité par le sentiment que l'application des normes générales qu'il pose peut, dans certaines

---

*problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968 ; P. Foriers, « Les lacunes du droit », *Logique et Analyse*, vol. 10, n° 37, 1967, pp. 57-77 ; P. Amssele, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1964, pp. 193-195 ; Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2015, pp. 87-89.

<sup>535</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 245.

<sup>536</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>537</sup> *Ibid.*

<sup>538</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>539</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>540</sup> *Ibid.*

circonstances qu'il n'a pas prévues et qui n'étaient pas prévisibles, conduire à un résultat non satisfaisant, et qu'il est par la suite recommandable de donner aux tribunaux le pouvoir, au lieu d'appliquer à une espèce qui leur est soumise telle règle législative qui détermine par avance le contenu de leur décision, de poser une norme individuelle qu'ils créeront eux-mêmes et qui sera adaptée aux circonstances qui n'ont pas été prévues par le législateur. *S'il voulait formuler cette habilitation d'une façon exacte du point de vue théorique, c'est-à-dire sans fiction, le législateur devrait disposer* : lorsque le juge estime, en vertu de ses conceptions politico-morales, que l'application de l'ordre juridique en vigueur à l'espèce qui lui est soumise conduit à des résultats non-satisfaisants, il peut régler l'espèce litigieuse de façon discrétionnaire. *Mais une règle ainsi libellée conférerait aux tribunaux une prérogative évidemment beaucoup trop étendue.* Avec elle, le juge serait habilité à décider discrétionnairement chaque fois qu'il tiendrait l'application de l'ordre juridique en vigueur pour non-satisfaisante ; il aurait en particulier ce pouvoir dans les cas où il tiendrait pour non-satisfaisante l'application d'une norme générale [...]. Ce serait permettre aux juges de substituer leurs propres conceptions politico-morales à celles du législateur, autrement dit : *consacrer l'abdication pure et simple du législateur en faveur du juge.* Pour l'éviter, on cherchera peut-être à limiter l'habilitation aux seuls cas que le législateur n'a pas prévus. Mais la tentative ne peut qu'échouer en raison du fait que le législateur ne peut précisément pas déterminer ces cas ; s'il pouvait les déterminer, il les réglerait lui-même positivement. [...] Néanmoins, si les tribunaux acceptent, eux aussi, l'idée qu'il existerait des lacunes dans le droit, cette fiction, bien qu'insoutenable sur le plan théorique, peut produire l'effet que l'on en attend. Car le juge [...], qui n'est pas facilement enclin à prendre sur soi la responsabilité de l'entière création de normes de droit, n'admettra que tout à fait exceptionnellement qu'il se trouve en présence d'une lacune et ne fera par suite que rarement usage du pouvoir qui lui est attribué de prendre la place *normale* du législateur »<sup>541</sup>. À cette démonstration s'ajoute l'argument, développé dans sa *Théorie générale des normes*, selon lequel une telle habilitation conférée au juge par le législateur implique que « l'exigence de sécurité juridique (qui relève de la politique juridique), c'est-à-dire l'exigence que la décision judiciaire puisse être prévue avec une certaine vraisemblance et que l'on puisse donc régler son comportement en fonction d'elle, est quasiment abandonnée »<sup>542</sup>.

Kelsen expose plusieurs raisons décisives susceptibles de convaincre le législateur soit d'abandonner cette règle d'habilitation, soit de la réécrire pour que disparaisse la dangereuse ambiguïté, soit, au moins, de prendre garde à ce que le juge ne s'arroge pas trop souvent un pouvoir discrétionnaire par le recours à l'idée d'une prétendue lacune. Si nous restions attachés à la séparation entre la science du droit et politique juridique, nous devrions

<sup>541</sup> *Ibid.*, pp. 247-248. Nous soulignons.

<sup>542</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 308.

regretter que Kelsen n'occupe plus là sa fonction de scientifique et qu'il se laisse aller à des considérations de politique juridique.

**114. « Lacune en droit » est un concept juridique.** - Nous devrions, selon Michel Troper, y voir un « défaut »<sup>543</sup>. Kelsen, « plutôt que de se limiter à décrire le droit positif, critique le législateur suisse »<sup>544</sup>. Il y aurait là une preuve que Kelsen n'a pas toujours prêté une attention suffisante à distinguer les concepts juridiques des concepts de la science du droit<sup>545</sup>. Dans ce reproche, on retrouve en creux l'idée que, si l'on maintient une séparation entre le droit et la science du droit, c'est aussi qu'il y a une théorie juridique des lacunes, à l'œuvre chez les autorités suisses, et une théorie scientifique des lacunes en droit, conçue par Kelsen. Une différence logique, sémantique et disciplinaire doit apparaître entre les deux et rendre impossible toute confrontation sur un même plan.

Il est vrai, pour commencer, que "lacune en droit" a une signification différente pour Kelsen et le législateur suisse. Selon Kelsen, on ne peut jamais conclure à une lacune du droit positif car le juge peut toujours décider des cas concrets qui lui sont soumis en appliquant les règles juridiques. L'usage de l'expression "lacune en droit" est interdit par une règle d'inférence matérielle strictement négative. "Lacune en droit" ne peut jamais trouver de circonstance d'application correcte, sinon pour affirmer qu'il n'y en a pas. Comme la "licorne" pour les zoologues, la "lacune juridique" est une affabulation. Selon les rédacteurs du Code civil suisse, on peut dire que si, dans un cas concret, aucune règle juridique ne trouve à s'appliquer, il existe une lacune. Les circonstances d'application de l'expression "lacune en droit" sont celles où aucune règle juridique ne trouve à s'appliquer, et une conséquence de son application est l'octroi d'un pouvoir législatif au juge.

Ces deux lots de règles d'inférences matérielles expriment deux versions incompatibles de "lacune". Toutes deux, cependant, impliquent des "juges", des "règles juridiques", des "applications de règles", des "cas concrets", *etc.* Devant ce vocabulaire commun, nous pouvons alors concevoir des concepts juridiques (suisses) et des concepts scientifiques (kelséniens) de "juge", de "règles juridiques", *etc.* Mais alors il faudrait dire de même pour les concepts de "responsabilité", "obligation", "sanction", "délit", "contrat", "État", ce qui semble-t-il est d'un coût théorique vraiment exorbitant pour l'épistémologie juridique. Rebecca West se plaignait déjà de la conception du langage comme représentation, et si elle est bien faite, comme copie conforme de la réalité non linguistique. « Un seul exemplaire de ces fichues choses suffit »<sup>546</sup>, se plaignait-elle. La reconduction de cette conception pour la

---

<sup>543</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. Léviathan, 2011, p. 257.

<sup>544</sup> *Ibid.*

<sup>545</sup> *Ibid.*, pp. 257-258.

<sup>546</sup> Citée par Robert Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 179.

science du droit, dans la mesure où elle reviendrait à copier une réalité déjà linguistique, l'aurait sans doute exaspérée. Parce que ledit objet est une pratique linguistique et conceptuelle, le langage scientifico-juridique doublerait en effet beaucoup des expressions juridiques par leur version scientifique.

Mais, en plus d'une inflation considérable d'unités sémantiques, la supposition d'un métalangage superposé au langage juridique entrave la compréhension de ce que fait Kelsen. Dire qu'il s'est trompé sur la nature de son concept, ce serait, *ipso facto*, faire passer sa critique pour l'expression d'une erreur sémantique, comme si cette différence logique, bien respectée, devait rendre la critique impossible. Pourtant, Kelsen critique les rédacteurs du Code civil suisse parce que sa théorie des lacunes l'y conduit. Elle montre, à la moindre résistance, une autre fonction que celle de représentation. Si la critique de Kelsen n'est pas absurde, mais intelligible et digne d'intérêt, c'est que les deux versions de "lacune en droit" se disputent la même place au sein d'un même langage. Elles sont des conceptions concurrentes du même concept juridique, et non deux concepts relevant de deux ordres de discours qui gagneraient à être distinguées pour avoir les idées claires. Au lieu de clarifier la situation, l'application de la distinction sémantique entre droit et science du droit l'obscurcit considérablement. En outre, elle diminue l'intérêt de la théorie kelsénienne des lacunes en ne lui reconnaissant qu'une conséquence méthodologique négative pour la science du droit. Celle-ci est pourtant bien secondaire si nous considérons les choses concrètement, pour la sécurité juridique et la lutte contre l'arbitraire.

Michel Troper a raison lorsqu'il fait cette remarque : « on pourrait peut-être donner raison à Kelsen quand il affirme qu'il n'y a pas de lacune (au sens où il entend ce terme [...]) tout en admettant qu'il existe des lacunes dans le sens du droit positif suisse »<sup>547</sup>. C'est, sans conteste, une bonne façon de résumer les thèses en présence. Mais ce qu'il admet pas, c'est qu'en donnant raison à Kelsen, on donne, par voie de conséquence, tort au législateur suisse. Soit les lacunes juridiques existent et il faut les combler quand elle se manifestent, soit il n'en y a pas, c'est l'un ou l'autre. La situation de désaccord est dans une certaine mesure comparable à celle où l'on donne raison à celui qui affirme que la Terre est ronde face à un interlocuteur croyant qu'elle est plate. Il s'agit de deux conceptions géologiques opposables et il est à la fois inutile et trompeur d'imaginer que chacun emploie un langage différent, sans quoi on manque de comprendre qu'elles s'excluent et se font concurrence pour tenir lieu de bonne réponse à une même question. Bien sûr, il existe des différences importantes entre la concurrence des conceptions géologiques de la Terre et celle des versions de ce qu'il faut comprendre par "lacunes" en droit. Nous pouvons départager le conflit entre les deux conceptions géologiques par l'observation de la Terre et le calcul de son mouvement. L'idée

---

<sup>547</sup> M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », *op. cit.*, p. 258.

selon laquelle la Terre est plate sera dite *fausse*. Quant à l'existence de lacune en droit, la chose est différente, car il est question des conséquences pratiques de cette idée dans la détermination de la façon dont les juges doivent décider, et cette question n'est passible d'aucune réponse empirique. Remarquons aussi que l'un des deux locuteurs, le législateur suisse, est habilité à prendre des décisions obligatoires pour les juges suisses. Kelsen, bien qu'il ait été un juriste d'une influence considérable, ne dispose d'aucun pouvoir de ce genre. Une telle situation d'inégalité dans la discussion, qui ne se retrouve plus aujourd'hui dans les controverses géologiques, est évidemment fondamentale pour comprendre la position des chercheurs vis-à-vis des autorités, mais elle n'empêche pas la possibilité d'un désaccord, qui n'est intelligible que s'il est admis que Kelsen et le législateur parlent d'une même chose.

Michel Troper rejettera ce monisme sémantique car « l'un [de ses] principaux inconvénients [...] est qu'il devient difficile de distinguer une critique de la théorie juridique d'une critique du droit lui-même ou du discours de ses acteurs »<sup>548</sup>. Pourtant, la critique d'une théorie juridique est effectivement une « critique du droit lui-même » lorsque cette théorie est au fondement de ce que les autorités décident, c'est-à-dire ce que les anticognitivistes se plaisent à appeler, à titre tout à fait général, « idéologie ». Il s'agit là d'un inconvénient pour la théorie de la science du droit seulement, puisqu'alors l'idéologie juridique et la théorie d'un chercheur en droit, plutôt que d'appartenir à des mondes sémantiques parallèles et indépendants, s'affrontent sur le même terrain, celui de l'application du droit. C'est un avantage de le remarquer, si l'on juge important d'avoir pleine conscience des conséquences pratiques de la critique d'une théorie juridique, en tant qu'elle pourra s'opposer ou jeter un doute sur son application par les autorités, et même prendre sa place.

**115. Sémantique juridique ou histoire du droit.** – Pour nous, “concept juridique” et “concept de la science du droit” veulent simplement dire “conception du législateur suisse” et “conception de Hans Kelsen” ce qui n'a plus rien d'une distinction générale et abstraite. Évidemment, on peut bien maintenir l'usage de catégories générales comme “concept de la recherche juridique” ou “concept doctrinal”, mais nous devrions prendre garde à ne pas en faire des catégories logiques, sémantiques ou épistémologiques, bien qu'elles puissent valablement constituer des catégories historiques. Un historien de la pensée juridique peut montrer qu'un concept a été pensé et conçu par un chercheur en droit, plutôt que par un juge, un législateur ou un avocat, et dire ainsi qu'il s'agit d'un “concept doctrinal”. La question de savoir à qui nous pouvons attribuer la formation d'un concept ou d'une théorie juridique est

---

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 257. La citation complète est : « L'un des principaux inconvénients de la thèse que les concepts de la science du droit ne font que refléter les concepts du droit lui-même est qu'il devient difficile de distinguer une critique de la théorie juridique d'une critique du droit lui-même ou du discours de ses acteurs ». Dans cet article, Michel Troper semble concevoir l'alternative théorique à sa thèse comme l'idée selon laquelle les concepts de la science du droit reflètent des concepts juridiques, au sens où ils seraient leurs duplications exactes.

loin d'être dépourvue d'intérêt, mais il s'agit d'une question historique n'ayant pas grand chose à voir avec la sémantique. Ce sont par des investigations historiques qu'André-Jean Arnaud met en lumière *Les origines doctrinales du Code civil français*<sup>549</sup>. Aussi, le fait que "patrimoine" est un concept doctrinal ne veut pas dire qu'il n'est pas un concept juridique, mais simplement qu'il a été conçu, développé et défendu par des chercheurs en droit, en l'occurrence Zachariae, puis Aubry et Rau<sup>550</sup>. Il en est de même pour la "souveraineté", classiquement attribuée à Jean Bodin<sup>551</sup>. L'origine doctrinale de "patrimoine" et de "souveraineté" ne change rien à la tenue de leur rôle respectif dans les langages du droit civil et du droit constitutionnel. De la même façon, qu'un éventuel législateur affirme que les lacunes juridiques n'existent pas car le droit positif peut toujours être appliqué ne changerait rien au fait que l'on pourrait attribuer à Kelsen la paternité de cette conception de l'ordre juridique.

## B. La juridicité de la validité et de la norme fondamentale

**116. Force obligatoire, conséquence de la validité.** - Que la conception de l'ordre juridique de Kelsen puisse ainsi s'opposer à certaines règles juridiques instituées suggère que la théorie pure du droit n'opère qu'un dualisme épistémologique de façade, circonscrit à son explication épistémologique. L'hypothèse selon laquelle la théorie pure du droit ne construit aucune dissociation effective du droit et de la science du droit se confirme si l'on s'intéresse à sa conception de la validité, qui occupe une place centrale dans l'édifice théorique kelsénien avec celui, indissociable, de la norme fondamentale.

Chez Kelsen, la validité est en lien inférentiel direct avec ce qu'il nomme la force obligatoire des normes juridiques. Plus précisément, leur force obligatoire est la conséquence inférentielle de la validité : « dire qu'une norme se rapportant à la conduite d'êtres humains "est valable", c'est affirmer qu'elle est obligatoire, que ces individus doivent se conduire de la façon qu'elle prévoit »<sup>552</sup>. Ce n'est pas parce qu'une norme est obligatoire qu'elle est valide, c'est, à l'inverse, parce qu'elle est valide qu'elle est obligatoire.

<sup>549</sup> A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, coll. *Bibliothèque de philosophie du droit*, 1969.

<sup>550</sup> J. Bodin, *Les six livres de la République* (1596), Arthème Fayard, 1986.

<sup>551</sup> Ch. Aubry et Ch. Rau, Livre 2 « Des droits sur les objets extérieurs envisagés comme éléments du patrimoine d'une personne », in *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, LGDJ, 1873, p. 229 et s. Pour aller plus loin, voir R. Sève, « Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Archives de philosophie du droit*, 1979, pp. 247-257 ; A. Sériaux, « Heurs et malheurs de l'esprit de système : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Revue de la recherche juridique*, 2007, pp. 89-98.

<sup>552</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 193.

Kelsen distingue donc l'obligation ressentie, la contrainte, de l'obligation qui est la conséquence de la validité de la norme exprimée. Il oppose la *signification subjective* d'une norme, qui marque seulement l'existence d'un commandement, et la *signification objective*, conséquence de sa validité<sup>553</sup>. Il illustre cette distinction en opposant « l'injonction qu'un gangster adresse à une personne de lui remettre une certaine somme d'argent » et « l'ordre de même contenu émanant d'un fonctionnaire de l'Administration fiscale »<sup>554</sup>. Le premier contraint la victime à ce qu'il veut qu'elle fasse, ce qui témoigne de l'existence d'un commandement, mais la signification de son acte n'est pas la même de celui du percepteur qui lève l'impôt qui, en plus, est objective<sup>555</sup>. Comme le remarque Hart, nous reconnaissons cette distinction quand nous parlons de manière ordinaire. Dans le premier cas, nous disons « être obligés » et, dans le second, « avoir l'obligation »<sup>556</sup>.

**117. Habilitation de l'organe producteur de la norme, condition de la validité.** - « Pourquoi admettons-nous que, des deux actes qui ont, l'un et l'autre, la signification subjective de *Sollen*, il n'y a que l'un qui crée une norme objectivement valable, c'est-à-dire qui oblige ? Ou, en d'autres termes : quel est le fondement de la validité de la norme que nous considérons comme constituant la signification objective de cet acte ? Telle est la question décisive »<sup>557</sup>. Ici, Kelsen se demande pourquoi une norme est valide, c'est-à-dire ce qui justifie la force obligatoire de certains commandements. Sa réponse est claire, seule la norme exprimée par le percepteur est valide car seul le percepteur est *habilité* à exprimer une norme valide. La compétence de la production de normes valides lui est ainsi reconnue. Il devient, dans la terminologie kelsénienne, un « organe du droit ». Pour Kelsen, l'habilitation constitue la justification essentielle de la validité d'une norme, donc de sa force obligatoire : « Seule une autorité compétente peut poser des normes valables »<sup>558</sup>. Ainsi, nous pouvons synthétiser la signification de "validité" chez Kelsen de cette façon :

*Circonstance d'application de "valide"* : si une norme a été exprimée par un organe habilité, alors c'est une norme valide.

*Conséquence d'application de "valide"* : si c'est une norme valide, alors elle est obligatoire.

**118. Existence d'une norme et application de normes.** - La validité, dont Kelsen propose une définition, est un concept juridique. En effet, la question de la validité d'une norme est incontournable pour les juristes. Elle est le centre du problème de droit lorsqu'est

---

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>554</sup> *Ibid.*

<sup>555</sup> *Ibid.* Voir également pp. 50-51.

<sup>556</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 102.

<sup>557</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 53.

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 194.

soulevé un moyen d'action ou d'exception devant le juge, c'est-à-dire par exemple, lorsque le juge constitutionnel doit vérifier la conformité d'un texte législatif à la Constitution, lorsque le juge administratif examine la légalité d'un acte administratif ou lorsque le juge judiciaire examine la validité d'un acte juridique comme un contrat.

Pour Carlos Nino, Kelsen dissimule la juridicité du concept de validité en la présentant comme une condition d'existence de la norme<sup>559</sup>. Kelsen parle de l'existence des normes parce qu'il veut à tout prix transformer l'attribution de la valeur de validité en une opération méthodologique de définition de son objet, mais il est lui-même contraint de remarquer que l'habilitation, qui justifie la force obligatoire, n'est pas un fait observable, mais une norme : « [...] à cette question de savoir pourquoi une norme est valable, c'est-à-dire pourquoi des individus doivent se conduire de telle ou telle façon, on ne peut pas répondre en constatant un fait positif, un fait de *Sein* »<sup>560</sup>. Il faut appliquer des règles juridiques pour savoir si une norme est valide. Ainsi, l'usage du terme "existence" est soit trompeur, soit métaphorique. La distinction entre le jugement de validité exprimé par un organe du droit et celui exprimé par un chercheur en droit est simplement virtuelle. Comme le remarque Kelsen, les deux expressions sont synonymes : « Dire d'une norme qu'elle est valide, c'est dire que nous admettons son existence ou – ce qui revient à la même chose – que nous assumons qu'elle a une "force obligatoire" pour ceux dont elle détermine le comportement »<sup>561</sup>. L'énoncé « cette norme existe » a un contenu inférentiel identique à l'énoncé « cette norme est valide », chacun disposant des mêmes circonstances et conséquences d'application. Dans un cas où la validité d'un acte administratif pose question, un chercheur en droit affirmant que cet acte administratif « n'existe pas » ne dirait pas autre chose que l'avocat, l'avocat général ou le juge concluant à son invalidité : tous affirmeraient que le contenu propositionnel de l'acte n'est pas obligatoire et qu'il ne doit pas être appliqué en tant que règle par le juge.

**119. Norme fondamentale.** - L'unité sémantique du droit et de la connaissance du droit est refoulée par Kelsen. Si, contre son gré, nous la réhabilitons dans la *Théorie pure du droit*, nous remarquons, lorsqu'il définit l'objet d'étude de sa science du droit par la norme fondamentale, qu'il détermine en réalité une règle à suivre à la fois pour les chercheurs en droit et les organes du droit.

La construction de la norme fondamentale par Kelsen s'inscrit dans sa réflexion sur la validité juridique. En effet, il manque à la règle « si une norme est produite par un organe habilité, alors elle est obligatoire » une donnée essentielle pour que l'expression "validité" soit

---

<sup>559</sup> C. S. Nino, « Some Confusions Surrounding Kelsen's Concept of Validity » (1978), in S. L. Paulson et B. L. Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspective on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 253-261.

<sup>560</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 193.

<sup>561</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. de l'allemand en anglais par A. Wedberg, Lawbook Exchange Ltd., 2011, p. 30.

opératoire : tant que la question de savoir qui sont les organes habilités n'a pas été traitée, il est impossible de savoir si une norme est valide ou pas. Dans l'explication de Kelsen, les choses sont présentées de la façon suivante. L'habilitation à produire des normes juridiques est, elle aussi, une norme juridique : « La compétence en question ne peut reposer que sur une norme habilitant à la création de normes »<sup>562</sup>. Cette dernière doit donc aussi être valide, c'est-à-dire exprimée par un organe habilité. La validité ruisselle en cascade, de normes d'habilitation en normes d'habilitation. La recherche de la validité nous aspire dans une régression sans fin, or « il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet »<sup>563</sup>. La démarche conduit Kelsen jusqu'à la Constitution, pour laquelle la question reste encore de savoir de quelle norme sa validité est dérivée. La situation demeure, à ce stade, douloureusement problématique : les normes conformes à la Constitution ne peuvent pas être dites valides tant que la validité de la Constitution n'a pas été elle-même démontrée. La validité de la norme individuelle produite par le percepteur de l'impôt est à ce moment toujours suspendue à la validité de la norme constitutionnelle. Comme le remarque Kelsen, dire que la validité de la Constitution est dérivée de sa conformité à la procédure de révision prévue par la Constitution antérieure ne fait que déplacer le problème, ce que nous pourrions faire indéfiniment<sup>564</sup>. En outre, Kelsen ne veut pas intégrer l'idée toute simple que le droit est le fruit d'événements socio-politico-historiques contingents, car cela entacherait la pureté de sa théorie.

C'est la raison pour laquelle Kelsen est conduit à concevoir une norme fondamentale (*grundnorm*) dont le contenu est : « on doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit »<sup>565</sup>. Kelsen précise qu'« elle ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes, ou – cela revient au même – une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre qui repose sur cette norme fondamentale »<sup>566</sup>. La norme fondamentale est seulement une norme d'habilitation. Kelsen dit qu'elle fournit le « principe de validité des normes »<sup>567</sup>. Avec elle, on peut compléter le contenu conceptuel de "validité" : si une norme a été exprimée par le constituant ou par un organe qu'il a directement ou indirectement habilité, alors c'est une norme valide (condition d'application), et si c'est une norme valide, alors elle est obligatoire (conséquence d'application).

**120. Statut méthodologique de la norme fondamentale.** - Kelsen est gêné par le statut de la norme fondamentale qu'il vient de concevoir. Elle est une règle juridique, « une

---

<sup>562</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 194.

<sup>563</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>564</sup> *Ibid.*, pp. 199-200.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>566</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>567</sup> *Ibid.*

règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles »<sup>568</sup> et donc en même temps un principe de politique juridique dont on pourrait imaginer des alternatives – notamment l’option qui, nous le verrons, ajoute à la validité des normes une exigence de contenu et, très vite, une exigence de justice. Il éprouve des difficultés à se retrancher derrière la prétention à la description d’une norme puisqu’il ne peut pas affirmer qu’elle « existe », n’étant pas elle-même valide. Il en viendra donc, dans ses travaux tardifs, à parler de la norme fondamentale comme d’une « fiction »<sup>569</sup>. Cette qualification est fort commode : si nous faisons comme si cette norme était valide, nous pouvons aussi faire comme si Kelsen avait décrit une norme valide. Cette façon de parler rend toutefois la chose confuse car, à y regarder de plus près, il n’y a pas à rechercher la validité de la norme fondamentale. Comment le pourrait-on ? La norme fondamentale *est* le principe de validité. C’est l’étalon qui, en tant que tel, ne supporte aucune évaluation par la règle qu’il exprime. Lassé, Kelsen indiquera finalement qu’on « ne doit précisément pas mettre cette norme en question »<sup>570</sup>.

Dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen confère à la norme fondamentale un statut plus intéressant : elle est une « hypothèse logique-transcendantale »<sup>571</sup> ou, plus simplement, une règle de « logique juridique »<sup>572</sup>. Si la norme fondamentale est une règle logique, c’est qu’elle est, dans le vocabulaire de la logique matérielle, une règle de langage. Fondamentale, elle serait la condition de possibilité du langage juridique. Elle serait *la* règle à respecter si l’on veut parler juridiquement, c’est-à-dire donner un sens spécifiquement juridique aux expressions utilisées. « Sa fonction », dit Kelsen, « est d’asseoir l’interprétation de la signification subjective de ces actes comme leur signification objective également »<sup>573</sup>. C’est une règle à suivre pour conférer à une obligation un sens spécifiquement juridique, et donc dire « on doit » non pas en un sens logico-sémantique ou éthico-moral, mais en un sens juridique. La norme fondamentale confère ainsi la juridicité aux seuls actes linguistiques qui se conforment à l’idée selon laquelle il faut obéir à la Constitution, puis aux lois, puis à toutes les normes exprimées par les organes que d’autres normes juridiques habilite.

**121. Une règle de langage à destination des juristes.** - La norme fondamentale doit être suivie par tous, qu’on soit chercheur en droit ou organe du droit. Elle est la règle de langage fondamentale de la discipline juridique. Kelsen en convient, quoique d’une manière étrange. La norme fondamentale, dit-il, « ne prescrit pas que l’on doive obéir aux ordres du

---

<sup>568</sup> *Ibid.*

<sup>569</sup> « La norme fondamentale [...] n’est pas une norme positive, mais une norme simplement pensée, c’est-à-dire une norme fictive, la signification d’un acte de volonté non pas réel, mais fictif. », H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 344.

<sup>570</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>571</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>572</sup> *Ibid.*, p. 204, note 4.

<sup>573</sup> *Ibid.*, p. 202.

constituant »<sup>574</sup>. Cela semble contradictoire avec le contenu qu'il lui a auparavant conféré, « on doit se conduire de la façon que la Constitution prescrit ». Cependant, et si nous concevons les règles juridiques du seul point de vue sémantique, elles ne s'adressent pas aux justiciables mais à ceux qui parlent juridiquement, les juristes. Dans cette perspective, ceux qui doivent appliquer le principe de validité sont d'abord les juges, les législateurs et les administrateurs : « Les organes créateurs de normes, lorsqu'ils interprètent la signification subjective de l'acte constituant et des actes posés sur la base de la Constitution comme des normes objectivement valables, présupposent la norme fondamentale »<sup>575</sup>. Ceux qui doivent l'appliquer ou, ce qui revient au même, la « présupposer », sont aussi les chercheurs en droit : « En formulant cette théorie de la norme fondamentale, la théorie pure du droit n'inaugure absolument pas une nouvelle méthode de la connaissance juridique. Elle ne fait qu'amener à la pleine conscience ce que tous les juristes font, le plus souvent sans s'en rendre compte »<sup>576</sup>.

Notons ici que Kelsen veut faire passer sa norme fondamentale pour un *fait*, alors même qu'il reproche à certains, les jusnaturalistes par exemple, de ne pas la concevoir et l'appliquer correctement. Il recircriscrit abusivement<sup>577</sup> le champ d'application de la norme fondamentale au cercle de ceux qui l'appliquent effectivement : « Il résulte de là que cette interprétation est simplement possible, mais qu'elle n'est pas nécessaire et que la validité objective d'un droit positif n'est que relative, puisque conditionnée précisément par l'hypothèse de la norme fondamentale. L'on ne doit pas nécessairement supposer la norme fondamentale d'un ordre juridique positif : l'on ne doit pas nécessairement interpréter les relations humaines dont il s'agit de façon normative, c'est-à-dire *comme des obligations, des habilitations, des droits, des compétences, etc.*, fondées par des normes juridiques objectivement valables ; on a seulement la faculté de le faire, c'est-à-dire que l'on peut aussi les interpréter sans recours à une hypothèse préalable, sans supposer la norme fondamentale, comme des relations de force, comme des relations entre des individus qui commandent et des individus qui obéissent... ou qui n'obéissent pas – *c'est une interprétation qui n'est plus juridique, mais sociologique* »<sup>578</sup>. C'est seulement si nous voulons parler d'obligations, d'habilitations, de droits subjectifs ou de compétences au sens juridique qu'il faut, selon Kelsen, adhérer à la norme fondamentale. Celle-ci joue le rôle de règle de reconnaissance d'un locuteur comme juriste. Et Kelsen, bien sûr, ne force personne à être juriste. C'est dans ce sens qu'il peut dire que personne n'est obligé de suivre la règle « on doit se conduire de la façon

---

<sup>574</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 204, note 4.

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>577</sup> L'idée de recircriscrption abusive (*gerrymandering*) est empruntée à Robert Brandom, telle qu'elle a été traduite par Isabelle Thomas-Fogiel. D'ordinaire, le terme désigne le redécoupage d'une circonscription électorale au profit d'un parti ou d'un candidat. Brandom le détourne pour désigner les tentatives d'épuiser la normativité d'une règle en considérant tout écart à la règle comme l'indice de sa non-appartenance au domaine d'application de la règle. R. Brandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>578</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 221. Nous soulignons.

que la Constitution prescrit ». Il s'agit d'une hypothèse que l'on doit tenir pour règle tant pour exprimer que pour comprendre des énoncés juridiquement. Ainsi, « même un anarchiste pourrait, s'il était juriste, décrire un droit positif comme un système de normes valables, sans pour autant approuver ce droit »<sup>579</sup>. Il faudrait simplement qu'il cesse d'être anarchiste, qu'il retire provisoirement cette casquette pour celle du juriste technicien.

**122. Habilitation épistémique.** - La norme fondamentale est le principe organisateur du droit *et* de la science du droit. Le refoulement de cette confusion, chez Kelsen, masque des conséquences de certaines thèses ontologiques indésirables pour la recherche en droit. Ainsi, par exemple, l'ontologie hobbesienne du positivisme juridique tient également lieu de principe épistémologique fondamental. Kelsen reconnaît aux seules autorités, et de façon inconditionnelle et définitive, la compétence *linguistique* pour déterminer le contenu des règles juridiques non déterminé par les normes supérieures. *A fortiori*, les autorités habilitées par la Constitution deviennent les seules à pouvoir exprimer des énoncés juridiques intentionnellement non strictement conformes au contenu des normes juridiques. Les organes habilités, disposant du monopole de la contrainte légitime, gagnent du même coup le monopole de la réflexion sur la création du droit, c'est-à-dire la réflexion juridique. Seuls les officiels sont habilités à faire du droit, de la « politique juridique », au détriment de ceux censés faire de la science du droit, auxquels, s'ils opposent leurs vues sur un point de droit, on reprochera d'exprimer leurs convictions idéologiques. Ceux qui conviennent de conceptions alternatives à celles appliquées par les autorités contreviennent à la norme fondamentale parce qu'elle ne les habilite pas à le faire. Dans une note de la *Théorie pure*, lourde de sens mais largement passée inaperçue, Kelsen explique l'idée incroyable d'une habilitation épistémique par une analogie avec l'éthique : « Mais il est possible, et effectivement il arrive parfois, que des propositions normatives que l'auteur d'une éthique formule dans ses œuvres n'ont pas, dans l'intention de l'auteur, le sens de simple description, mais celui de prescription : le moraliste s'arroge l'autorité de poser des normes, d'émettre des prescriptions morales. Ce faisant, il excède sa compétence de représentant d'une science, et la question se pose de savoir ce qui l'habilite à poser des normes morales ; à cette question, il est à peu près incapable de donner une réponse satisfaisante »<sup>580</sup>.

**123. Dogmatique.** - La question de Kelsen, à laquelle il s'amuse de ce qu'on ne sache pas quoi y répondre, est dégradante. Elle maintient ceux qui pensent et écrivent sans autorité formelle dans un état de minorité à l'égard de ceux qui gouvernent et qui décident. Dans le langage de Kelsen, c'est parce que le juriste scientifique ne peut que décrire les normes juridiques, comme le moraliste scientifique devrait décrire les normes morales. Il n'a pas d'autre choix que de restituer le plus fidèlement possible les conceptions retenues par les

---

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 221, note 15.

<sup>580</sup> *Ibid.*, p. 80, note 7.

organes du droit. Il ne peut les contredire, sans quoi il ne serait plus juriste du tout, mais un individu s'arrogeant lui-même la compétence qui ne lui est pas conférée par la norme fondamentale.

Kelsen trouve ici une profonde analogie entre le droit et la religion : « la norme que l'on doit obéir aux commandements de Dieu (ou aux commandements de son Fils) »<sup>581</sup> est strictement équivalente à la norme fondamentale : « Un exemple éclairera cette idée : un père ordonne à son enfant d'aller à l'école. À la question de l'enfant : pourquoi dois-je aller à l'école ? on pourra répondre : parce que ton père l'a ordonné et que l'enfant doit obéir aux ordres de son père. Mais l'enfant pose alors cette nouvelle question : mais pourquoi dois-je obéir aux ordres de mon père ? On lui répondra peut-être : parce que Dieu a ordonné d'obéir aux ordres de Dieu. Si là-dessus l'enfant demande : mais pourquoi dois-je obéir aux ordres de Dieu ? c'est-à-dire s'il met en question la validité de cette norme, il faudra répondre que l'on ne doit précisément pas mettre cette norme en question, c'est-à-dire chercher le fondement de sa validité, que l'on ne peut que la supposer »<sup>582</sup>. Dans cette conversation assez surréaliste, la famille de dévots respecte les commandements de Dieu comme dogmes, sans interroger la pertinence de leur contenu. De la même manière, les chercheurs en droit ne doivent pas interroger la pertinence des commandements des organes du droit. Nous avons vu que les pratiques conceptuelles, les sciences par exemple, sont le théâtre d'incessants désaccords, et que les désaccords sur les règles à suivre dynamisent leur activité. En un acte théorique, Kelsen épuise la possibilité d'une divergence de conceptions entre les autorités habilitées à prendre des décisions obligatoires et les chercheurs qui ne le sont pas. Il fait de la recherche en droit une activité intégralement dogmatique, qui promet ainsi d'être particulièrement aride. On l'a beaucoup reproché à Kelsen mais, à vrai dire, personne mieux que lui-même n'a fait la démonstration de cette aridité : « La norme établie par le législateur, qui prescrit l'exécution forcée contre le patrimoine de celui qui ne répare pas le dommage causé par la non-exécution d'une promesse de mariage, et la proposition formulée par la science du droit pour décrire cette norme – lorsque quelqu'un ne répare pas le dommage qu'il a causé en n'exécutant pas la promesse de mariage qu'il avait faite, il doit être procédé à exécution forcée contre son patrimoine –, ces deux données ont, du point de vue logique, un caractère différent. [...] Les propositions de droit formulées par la science du droit ne sont donc pas une pure et simple répétition des normes juridiques posées par l'autorité juridique. On objectera peut-être cependant qu'il est tout à fait superflu d'ajouter aux normes juridiques posées par l'autorité juridique et décrites par cette science du droit des propositions de droit formulées par la science du droit. Il faut bien accorder que cette objection n'est pas si évidemment mal fondée que l'objection selon laquelle serait superflue la juxtaposition à la nature d'une science

---

<sup>581</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>582</sup> *Ibid.*, p. 196.

de la nature. Car, à la différence du droit, la nature ne se manifeste pas dans des mots parlés et écrits. En ce qui concerne le droit, il n'est qu'une réponse possible à l'objection, à savoir qu'elle aboutirait à admettre que serait inutile la juxtaposition au Code pénal d'un exposé scientifique du droit pénal, c'est-à-dire, en généralisant, que serait superflue l'existence d'une science du droit à côté du droit lui-même »<sup>583</sup>.

## §2. Alf Ross et l'interdisciplinarité

**124. Ross contre Kelsen.** - L'épistémologie juridique de la *Théorie pure* ne construit aucun système conceptuel constitutif d'une discipline autonome du droit et de son langage. Elle fonde, à la place, une activité dogmatique de reformulation, d'abstraction et de systématisation de ce qu'affirment, en décidant, les autorités habilitées à décider. Alf Ross dénonce ce dogmatisme et propose une autre méthodologie pour la science du droit. Elle se distingue du modèle kelsénien dans la mesure notamment où elle se veut essentiellement interdisciplinaire, tandis que Kelsen exige la pureté de la science du droit vis-à-vis des sciences sociales.

Nous pouvons comprendre le projet d'Alf Ross, dont nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer rapidement les thèses fondamentales, en attribuant une importance cruciale à sa critique du concept kelsénien de validité. À cette occasion, Ross manifeste explicitement sa détermination à ne pas faire du droit en considérant la pensée juridique comme une activité idéologique indigne d'un projet véritablement scientifique. Dans cette mesure, Ross dit vouloir abandonner le langage juridique pour adopter ceux d'autres disciplines, la sociologie et la psychologie. Il reconstruit alors un concept psychosociologique d'effectivité (*validity*) qui n'est pas concurrent aux conceptions juridiques de la validité. Il a pour fonction d'identifier les normes qui constitueront des données essentielles à la bonne marche de son projet épistémologique, la prédiction des décisions de justice. Néanmoins, Ross accorde peu de crédit à l'idée d'une psychosociologie béhavioriste, qui ne prend pas garde à ce qu'affirment les agents dont le comportement est étudié. Il est clair pour lui qu'on ne peut pas prédire correctement les décisions juridictionnelles sans comprendre le sens spécifiquement juridique des énoncés exprimés et suivis par les juges. Ainsi, dans le cadre d'une psychosociologie compréhensive, le langage juridique est *in fine* réinvesti comme un système conceptuel cohérent qu'il s'agira de maîtriser et d'employer, ne serait-ce qu'à titre simplement instrumental. Au bout du compte, le droit, la sociologie et la psychologie fonctionneront comme des disciplines complémentaires pour la réalisation d'un projet fondamentalement interdisciplinaire.

---

<sup>583</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

**125. Ross et le jusnaturalisme kelsénien.** - Alf Ross est considéré comme l'un des plus puissants contradicteurs de Kelsen sur les questions épistémologiques. Dans son article « *Validity and the Conflict Between Positivism and Natural Law* »<sup>584</sup> et dans son ouvrage majeur, *On Law and Justice*<sup>585</sup>, Ross reproche à Kelsen un « quasi-positivisme »<sup>586</sup>, c'est-à-dire un « type de jusnaturalisme »<sup>587</sup> en raison de son attitude morale envers le droit, alors même que Kelsen demande de rester muet sur les questions du bien, du mal, du juste et de l'injuste. Les véritables adversaires du positivisme juridique trouveront cette controverse délicate. Comme Cassirer le remarquait déjà en son temps, « les tenants et défenseurs de la métaphysique y éprouvent une satisfaction du même ordre que celle de Jason dans la légende des Argonautes : ils voient les farouches guerriers qui se proposaient d'affronter la métaphysique s'agresser mutuellement et s'efforcer réciproquement de s'anéantir »<sup>588</sup>.

Ross accuse Kelsen de *justifier* la force obligatoire d'un ordre juridique accordant la validité à toutes les normes juridiques qui le composent. Nous savons que, pour Kelsen, la force obligatoire « objective » d'une norme est la conséquence de sa validité, quand l'habilitation de celui qui l'exprime en est la condition. Ross y voit un trait commun avec les théories du droit naturel, bien que celles-ci fassent dépendre la validité d'une condition supplémentaire : une conformité matérielle à des principes déterminés. Pour Ross, les conceptions kelsénienne et jusnaturaliste de la validité s'acquittent d'une même fonction : « La notion normative de validité est un instrument idéologique qui justifie [*supporting*] l'autorité de l'État. Quand cette notion est utilisée par un quasi-positiviste, cette justification [*support*] est inconditionnelle ; pour un jusnaturaliste, il est à la mesure de l'harmonie entre ce que l'autorité décide et les principes présupposés du droit naturel »<sup>589</sup>.

Ernesto Valdés approfondit cette thèse dans « *Two Models of Legal validity : Hans Kelsen and Francisco Suárez* »<sup>590</sup> en montrant l'air de famille entre la conception de la validité juridique de Kelsen et celle de Suárez (1548-1617). Suárez affirme que « pour édicter le droit, il faut détenir un pouvoir juridictionnel »<sup>591</sup> mais il se distingue de Kelsen quand il ajoute une condition supplémentaire pour l'accession d'une norme à la validité. Il lui faut, en plus d'être

---

<sup>584</sup> A. Ross, « *Validity and the Conflict Between Positivism and Natural Law* » (1961), in S. L. Paulson et B. L. Paulson, *Normativity and Norms...*, *op. cit.*, pp. 147-163.

<sup>585</sup> A. Ross, *On law and Justice*, University of California Press, 2<sup>e</sup> édition, 1959.

<sup>586</sup> « Kelsen comme quasi-positiviste », A. Ross, « *Validity and the Conflict...* », *op. cit.*, pp. 159-161. Nous traduisons.

<sup>587</sup> « Le quasi-positivisme comme un genre de droit naturel », *ibid.*, pp. 155-158.

<sup>588</sup> E. Cassirer, *Eloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine* (1939), trad. de l'allemand par J. Gaubert, Cerf, coll. Passages, 1996, p. 47.

<sup>589</sup> A. Ross, « *Validity and the Conflict...* », *op. cit.*, p. 159.

<sup>590</sup> E. G. Valdés, « *Two Models of Legal validity : Hans Kelsen and Francisco Suárez* », in S. L. Paulson et B. L. Paulson, *Normativity and Norms...*, *op. cit.*, pp. 263-271.

<sup>591</sup> F. Suárez, *De legibus* (1612), Livre I, ch. VIII, §6, in *Selection from Three Works*, trad. du latin en anglais par G. L. Williams, A. Brown et J. Waldron, Clarendon Press, vol. 1, 1944, p. 152, cité par Ernesto Valdés, « *Two Models of Legal validity...* », *op. cit.*, p. 267. Nous traduisons.

édictee par une personne formellement habilitée, être juste : « le législateur humain [...] n'a pas le pouvoir d'obliger par des lois injustes et, par conséquent, quand il commande des choses injustes, de telles prescriptions ne sont pas du droit, parce qu'elles n'ont aucune force ni de validité nécessaire à l'obligation »<sup>592</sup>. S'opposent ainsi deux conceptions concurrentes du concept de validité :

*Circonstance d'application de "valide" chez Kelsen* : « si une norme a été produite par un organe habilité, alors c'est une norme valide ».

*Circonstance d'application de "valide" chez Suárez* : « si une norme a été produite par un organe habilité et qu'elle est juste, alors c'est une norme valide ».

*Conséquence d'application de "valide" chez Suárez et Kelsen* : « si c'est une norme valide, alors elle est obligatoire ».

Seules les circonstances d'application distinguent ces deux conceptions de la validité juridique. On a longtemps fait correspondre ces thèses aux deux grandes traditions de la philosophie du droit : le positivisme juridique (Kelsen) et le jusnaturalisme (Suárez). La version jusnaturaliste a été largement discréditée par la plupart des auteurs modernes, Kelsen le premier, parce qu'elle fait usage de la valeur de justice pour évaluer les propositions juridiques. On a considéré, à juste titre d'ailleurs, que les énoncés affirmant des règles qu'elles sont justes ou injustes ne peuvent faire l'objet d'aucun test empirique et qu'elles ne peuvent ainsi être ni vérifiées, ni falsifiées. Ross remet en cause les termes de cette opposition en montrant la complicité objective du jusnaturalisme et du soi-disant positivisme kelsénien dans la question qu'ils traitent. Ce qui pose problème à Ross n'est pas le contenu de la conception kelsénienne de la validité mais la question à laquelle elle répond, question qui ne supporte aucune réponse scientifique : de quels contenus normatifs, à titre singulier ou général, peut-on dire qu'ils disposent, de manière « objective », d'une force obligatoire ?

À choisir, la façon qu'a Kelsen de reconnaître la validité *sans condition* des normes exprimées par l'autorité effectivement en place, c'est-à-dire l'État et ses démembrements, semble pour Ross assez dissuasive. Sur ce point, il rejoint la remarque de Verdross : « dans la perspective du positivisme juridique dogmatique, le droit positif possède la validité absolue, c'est-à-dire la force obligatoire. Cela signifie que le positiviste dogmatique reconnaît, sans la moindre critique, l'autorité morale de n'importe quel système », position qui conduit à une obéissance stupide et aveugle (*kadavergehorsam*)<sup>593</sup>. En Autriche, entre les deux grandes

<sup>592</sup> F. Suárez, *De legibus* (1612), Livre I, ch. IX, §4, vol. 2, *op. cit.*, p. 107, cité par E. G. Valdés, « Two Models of Legal validity... », *op. cit.*, p. 267.

<sup>593</sup> A. Ross, « Validity and the Conflict... », *op. cit.*, p. 156. Voir A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Springer, 1958, pp. 246-254.

guerres, cette critique avait déjà été formulée, et de façon encore plus violente<sup>594</sup>. Moins agressif envers celui qui a été son directeur de thèse, Ross semble toutefois jeter un regard plus sévère à la théorie pure du droit qu'à l'option jusnaturaliste. Celle-ci, au moins, avait le mérite de permettre la critique du contenu des normes juridiques par leur évaluation au moyen de « principes présumés de droit naturel ».

**126. Rejet empiriste du concept de validité.** - Ross voit dans le dogmatisme de Kelsen une adhésion morale au droit. Il faut rappeler que, de la perspective d'une théorie empiriste de la connaissance conséquente, les énoncés sans lien évident avec l'observation sont radicalement rejetés comme des superstitions, des idéologies ou de la vieille métaphysique. Dans ces conditions, Ross fait parfois peu de cas de la distinction, sacrée pour le positivisme kelsénien, entre le droit et la morale. Pour Ross, le droit semble être une morale dont l'État, par le recours à la force physique, contraint les individus à l'adhésion ou, au moins, au respect. Il rejette le concept kelsénien de validité de la même façon qu'il rejette sa version jusnaturaliste comme étant un concept moral, précisément *parce qu'il* a une signification juridique.

Ce concept de validité a une « fonction interne », dit-il, « [...] car il s'agit de dire quelque chose en accord avec un système de normes. L'affirmation est un jugement juridique appliquant des règles juridiques à certains faits »<sup>595</sup>. Selon lui, une attitude *vraiment* positiviste ne peut se prévaloir d'une telle adhésion aux conceptions juridiques officielles : « Une théorie stricte des sources du droit et une théorie de l'interprétation qui adhèrent aux mots utilisés, aux déductions "logiques" et aux constructions conceptuelles du droit peuvent être dites "positivistes" si ce terme se réfère à "ce qui a été exprimé par des phrases produites dans des décisions arbitraires", mais pas s'il correspond à "ce qui est fondé sur l'observation de faits" »<sup>596</sup>. Pour Ross, un véritable positiviste rejette le langage juridique et cesse de penser comme un juriste : « [...] la norme fondamentale, en investissant le système factuel de la validité, est attribuée par Kelsen à ce qu'on appelle la "pensée juridique". Cette présupposition est simplement révélée et acceptée par la science du droit. Comme "pensée juridique" se réfère, je suppose, aux idées et croyances communément admises par les juristes, elle n'est pas un guide fiable pour l'analyse logique. Dans le domaine du droit et de la morale, il est possible et hautement probable que cette façon de "penser" soit saturée de concepts idéologiques qui reflètent des expériences émotionnelles, mais qu'elle n'ait aucune fonction

---

<sup>594</sup> Voir par exemple : « la science juridique simplement technique est une pute qui sert à tous et pour tout », E. Kaufmann, « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des art. 109 der Reichsverfassung », in *V. V. D. S.*, vol. 3, 1927, p. 22. Cité et traduit de l'allemand par C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>595</sup> A. Ross, « Validity and the Conflict... », *op. cit.*, p. 158.

<sup>596</sup> *Ibid.*, p. 151.

dans la description de la réalité, ce qui est la tâche de la science juridique. Dans cette perspective, le travail de l'analyste est de rejeter, et non d'accepter, l'idée de validité »<sup>597</sup>.

Ross est catégorique : « si maintenant la science du droit [...] doit être comprise comme une science empirique, il ne peut y avoir de place pour aucun concept de ce genre »<sup>598</sup>. Ross refuse de faire usage du concept de validité car il conduit à s'engager dans des inférences qu'il juge inacceptables. Son rejet sémantique ressemble à celui d'Oscar Wilde quand, à son procès, le procureur lui avait demandé si une de ses œuvres constituait pour lui un blasphème : « blasphème », avait-il répondu, « ne fait pas partie de mon vocabulaire »<sup>599</sup>. De la même manière, "force obligatoire" et "validité" ne sont pas du vocabulaire de Ross. Ce genre de rejets sémantiques témoigne d'un refus d'inférences qui impliqueraient une façon de parler ou des croyances auxquelles, en tant que respectivement athée et scientifique, Wilde et Ross ne peuvent pas adhérer.

**127. Fonction du concept de validité chez Ross.** La valeur centrale de la méthodologie de Ross, l'effectivité (*validity*), n'entend pas jouer la fonction que remplit l'idée de validité juridique. Certains l'ont pourtant cru et l'ont interprété comme une troisième alternative aux conceptions kelsénienne et jusnaturaliste<sup>600</sup> car les versions anglaises des travaux de Ross appellent "*validity*" ce qu'il nomme dans les versions danoises "*gældende*", qui signifie "en vigueur" et non "*gyldig*", qui signifie "valide". En fait, "*gældende*" et "*gyldig*" ont été traduits en anglais par le même terme "*valid*". Comme Ross lui-même le déplore, cette traduction imprudente aura favorisé de mauvaises interprétations<sup>601</sup>.

En effet, et contrairement à la validité juridique, l'effectivité rossienne sert à identifier les faits sociaux dont la connaissance est une préparation indispensable à la bonne conduite de son projet scientifique : la prédiction des décisions de justice. Ainsi, dire d'une norme qu'elle est effective n'est pas une affirmation juridique car il s'agit d'énoncer une proposition portant sur des faits : « Il a une fonction externe, dans le sens où dire qu'une règle ou un système de règle existe ou n'existe pas est un énoncé à propos de la règle ou du système. Cette affirmation n'est pas un jugement juridique, mais une assertion factuelle qui se réfère à un ensemble de faits sociaux »<sup>602</sup>. « Dans ces conditions », précise-t-il, « le terme "effectivité" (*validity*) n'a rien à voir avec un énoncé normatif à propos d'un devoir (dans un sens moral) d'obéir au droit. Une telle idée du devoir, caractéristique du quasi-positivisme et de la pensée

---

<sup>597</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>598</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>599</sup> Cité par R. Bandom, *Rendre explicite...*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>600</sup> Voir notamment H. L. A. Hart, « Scandinavian Realism », *Cambridge Law Journal*, n° 17, 1959, pp. 233-240, reproduit in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 161-169.

<sup>601</sup> A. Ross, « Validity and the Conflict... », *op. cit.*, pp. 158-159.

<sup>602</sup> *Ibid.*, p. 158.

jusnaturaliste, n'a pas de place dans une théorie du droit fondée sur des principes empiristes »<sup>603</sup>.

La validité de Ross « doit se référer à des faits sociaux observables et rien d'autre »<sup>604</sup> pour qu'elle nous engage à l'énoncé de propositions vérifiables. Quelles en sont, exactement, les circonstances d'application ? Ross lui-même concède qu'elles peuvent prêter à discussion : « il serait difficile de définir exactement quels faits et quelles observations conviendraient à vérifier l'affirmation qu'une règle existe mais, pour le dire vite, l'existence d'une norme est la même chose que son efficacité. L'existence d'une norme dépend d'un ensemble de faits sociaux – en incluant aussi les états psychologiques »<sup>605</sup>. Ross n'est pas catégorique sur la méthode d'observation de ces faits. Il ne tranchera jamais entre l'enquête sociologique et l'étude psychologique, qui lui paraissent tenir d'un seul bloc : « un système juridique national, considéré comme un système de normes effectives, peut donc être défini comme un système de normes qui opère sur l'esprit du juge, dans la mesure où il a le sentiment qu'elles sont socialement contraignantes et, par conséquent, qu'elles doivent être suivies »<sup>606</sup>. L'effectivité des normes devra être observée dans la régularité du mode d'action des juges ou dans l'expression de leur « sentiment d'être obligés »<sup>607</sup>.

**128. Prédiction des décisions de justice.** - Ross se figure qu'avec un peu de rigueur on pourrait, par le recoupement des données collectées, savoir ce que va décider tel juge à propos de tel genre de cas. Pour Moritz Schlick, toute science a pour finalité la prédiction de ce qui va arriver : « le but de la connaissance est de nous orienter parmi les objets et de prédire leur comportement »<sup>608</sup>. Voulant « appliquer dans le domaine du droit les principes

---

<sup>603</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>604</sup> *Ibid.*

<sup>605</sup> *Ibid.*

<sup>606</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>607</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>608</sup> M. Schlick, *Formes et contenu. Une introduction à la pensée philosophique*, trad. de l'allemand par D. Chapuis-Schmitz, Agone, coll. Banc d'essais, 2003, 4<sup>e</sup> de couverture. Sur ce point, voir l'analyse de Villa : « Cette théorie est présupposée par l'acceptation du principe de vérification, principe que Ross, ainsi que nous l'avons vu, reprend des thèses radicalement empiristes de Schlick et Ayer. Dans les conceptions de Schlick et d'Ayer, la fonction principale de la connaissance scientifique est de formuler des prévisions sur les événements futurs. Les hypothèses prédictives ont leur origine, par *voie inductive*, dans un certain nombre d'observations factuelles et tentent de prévoir, sur la base de ces observations, quelle sera l'évolution de l'expérience future. Les prédictions, dites scientifiques, (ou, ce qui revient au même, cognitives), sont vérifiables *en principe*, c'est-à-dire qu'elles établissent au départ le type d'observations empiriques en mesure de les confirmer ou de les falsifier et elles seront ensuite effectivement vérifiées si des observations ou des expériences sont réalisées et certifient l'existence des faits prévus par les hypothèses. Naturellement, selon cette conception, il n'est pas possible moyennant une simple vérification d'établir de façon absolue la vérité d'une hypothèse. Toute hypothèse scientifique, en fait, se réfère à un groupe illimité de vérifications possibles et elle est donc toujours ouverte à des corrections ou des contradictions successives », V. Villa, *La science du droit*, trad. de l'italien par O. et P. Nerhot, LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990, p. 71. Villa se réfère à M. Schlick, *Philosophical Papers*, vol. 2 (1925-1936), Springer, coll. Vienna Circle, 1979, pp. 106-107, pp. 184-191, pp. 268-269, pp. 354-355 et pp. 382-383.

empiriques jusqu'à leurs conclusions ultimes »<sup>609</sup>, Ross adapte cet idéal au droit : ce sont les décisions de justice qu'il faut prédire. Les normes effectives correspondent pour Ross à l'ensemble des données pertinentes à intégrer dans le calcul prévisionnel d'une décision de justice future. Si une règle, n'importe laquelle, semble contraindre le comportement et la décision des juges, alors elle est dite effective (circonstances d'application). Si une norme est effective, alors elle constitue une donnée empirique à prendre en compte par le scientifique lorsqu'il tente de prédire les décisions de justice (conséquences d'application). De cette façon, si l'on estime, par une étude statistique, que la règle selon laquelle "les pauvres doivent être plus sévèrement sanctionnés que les riches s'ils commettent une infraction" est suivie, alors elle est une norme effective, indépendamment de la question de savoir si elle est assumée comme une norme valide par l'idéologie juridique dominante. L'effectivité rossienne, au moins dans sa définition abstraite, s'émancipe substantiellement de la pensée juridique consacrée. Le concept d'effectivité ne montre aucun lien direct avec des concepts juridiques mais avec ce qui apparaît être un langage scientifique : "comportement du juge", "données empiriques" ou "prédiction", *etc.* Dès lors, la distinction entre droit et science du droit semble bel et bien maintenue.

**129. Retour de la pensée juridique.** - Ross approfondit sa méthode dans *On Law and Justice*. Il distingue deux catégories de faits qui déterminent la décision des juges. D'un côté, les impulsions fondées sur des besoins et ressenties comme des intérêts personnels et, de l'autre, les contraintes sociales, si puissantes qu'elles entrent parfois en contradiction avec les intérêts personnels<sup>610</sup>. Parmi ces contraintes sociales figurent les normes considérées par tous comme valides, que Ross conçoit d'un bloc comme « l'idéologie juridique » partagée par les juges. Il considère que l'idéologie juridique détermine la motivation des juges, quoique dans une proportion difficile à mesurer. Comment, alors, aller plus loin et comprendre précisément dans quel sens ces normes valides influent sur le comportement des juges ? Ross répond à cette question : « le second groupe de motivations peut être facilement interprété en termes métaphysiques comme une révélation dans notre conscience d'une "validité" supérieure, pour laquelle le "devoir" est en contraste avec la "nature de l'homme" (*sensual nature*) et des nécessités qui en découlent pour lui »<sup>611</sup>. Les expressions juridiques de "validité" ou de "devoir", que l'on croyait définitivement révoquées du vocabulaire de Ross, surgissent à nouveau. Elles sont indispensables pour comprendre comment les juristes pensent, même s'il s'agit simplement, pour le scientifique, de prédire correctement les décisions de justice.

---

<sup>609</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. ix.

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>611</sup> *Ibid.*

En effet, Ross ne croit pas qu'une méthodologie excluant toute forme de compréhension du discours des agents observés puisse conduire à de bons résultats prédictifs : « Une interprétation behavioriste ne résout rien. Le changement comportemental du juge peut seulement être compris et prédit à travers une interprétation idéologique, c'est-à-dire par le moyen d'hypothèses concernant l'idéologie qui anime le juge et motive ses décisions »<sup>612</sup>. Ross ne peut pas assumer jusqu'au bout le rejet de la pensée juridique traditionnelle. Les normes juridiques, même si l'on entend les saisir comme des faits causant les décisions du juge, devront être interprétées comme raisons d'agir pour le juge. Le psychosociologue du droit devra, comme n'importe quel juriste, concevoir à titre d'hypothèse le droit comme un ensemble cohérent de signification et de raisons (*coherent whole of meaning and motivation*) »<sup>613</sup>. Il doit comprendre la motivation des décisions de justice par la maîtrise du langage juridique et, s'il veut publier ses résultats, en faire usage. Cette analyse juridique pourra constituer une part importante de son travail : « Une connaissance de cette idéologie (et de son interprétation), nous permet par conséquent de calculer en avance, avec une certitude considérable, le fondement légal de certaines décisions futures qui vont figurer dans celle-ci »<sup>614</sup>.

**130. Part de la pensée juridique dans la motivation des juges.** - La question de savoir à quel point le juge est influencé par « l'idéologie juridique » reste déterminante. S'il s'avère que les juges sont totalement soumis à la croyance en une force obligatoire des règles juridiques et n'agissent qu'en fonction d'elles, l'aspect strictement psychosociologique de sa méthode devient secondaire, voire inutile. Si l'idéologie juridique est peu déterminante, les régularités psychosociologiques devront au contraire être étudiées avec soin. Ces deux hypothèses méthodologiques correspondent à ce que Ross conçoit comme l'application de deux théories concurrentes du syllogisme juridique, la théorie traditionnelle et la théorie sceptique<sup>615</sup>. Selon la théorie traditionnelle, le juge part vraiment des prémisses pour s'acheminer vers la conclusion. Dans cette perspective, le juge est effectivement guidé par les règles juridiques : « il est clair que si l'approche traditionnelle tient bon, le savoir académique sur le droit (*law in force*) et son interprétation offre les meilleures fondements possibles – à l'exception des questions de preuve – pour prédire l'issue des décisions juridiques futures. S'il est possible de prédire les prémisses, il est aussi possible de prédire la conclusion »<sup>616</sup>. La théorie sceptique, quant à elle, conçoit le syllogisme comme le travestissement en un raisonnement de ce qui est en réalité *causé* par des contraintes extra-juridiques. Si cette théorie est correcte, les connaissances juridiques serviront peu : « selon l'autre théorie, la

---

<sup>612</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>614</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>615</sup> *Ibid.*, pp. 43-44.

<sup>616</sup> *Ibid.*, p. 44.

connaissance de l'idéologie juridique a peu de valeur car elle ne motive pas les juges »<sup>617</sup>. On devra alors chercher ailleurs : dans les intérêts personnels du juge, ses intérêts de classe, ses croyances religieuses, ses convictions politiques, son alimentation, ses préférences sexuelles, son appartenance ethnique, ou, de façon plus générale, dans des habitudes de pensée qui ne sont pas revendiquées par l'idéologie en vigueur. La confrontation de ces deux théories, pour Ross, constitue le problème méthodologique central de la science du droit, auquel il n'apporte pas de réponse définitive : « je ne veux pas ici distribuer les mérites de ces deux théories concurrentes, mais simplement relever l'importance qu'elles ont sur la question de la valeur pratique de l'étude doctrinale du droit »<sup>618</sup>.

**131. Interdisciplinarité.** - L'alternative est importante : « Soit on peut, *comme sociologue du droit*, s'intéresser à l'étude des lois psychologiques et sociologiques qui expliquent comment les attitudes directives du comportement naissent et se développent ; soit on peut, *comme juriste*, s'intéresser au contenu de l'idéologie rationalisée par laquelle ces attitudes de comportement trouvent leur expression »<sup>619</sup>. S'agit-il véritablement d'une alternative ? Les perspectives interne et externe ne jouent-elles pas chacune un rôle complémentaire dans la prédiction des décisions de justice ? Dans ce cas, le scientifique rossien devra adopter le « *juristic thinking* » et poursuivre, en plus, une enquête psychosociologique, qui pourrait venir relativiser les raisons juridiques exprimées par le juge : « Le juge dit qu'il a décidé *x* pour les raisons *y* (idéologie juridique), mais en réalité il décide ainsi parce que *z* (réalité psychosociologique dissimulée par l'idéologie juridique) ». Il s'agirait là d'une combinaison interdisciplinaire entre le droit et les sciences sociales, si toutefois nous considérons la pensée juridique comme une discipline, et non plus comme un objet. Une discipline dont, cependant, l'intérêt majeur qu'on lui confère d'habitude – le traitement de la question de savoir ce que *doit* décider le juge – est pour ainsi dire détournée en vue d'une autre interrogation, celle de savoir ce que *va* décider le juge.

À quel point la prédiction des décisions de justice peut-elle prétendre à son indépendance claire et distincte vis-à-vis de la question de ce que le juge doit faire ? Il est possible, comme le fait Ross, que le théoricien refuse d'accorder quelque légitimité à une telle question pratique<sup>620</sup>. Peut-il cependant forcer ses lecteurs à n'y voir rien d'autre ? Un conseiller d'orientation bizarre, qui affirmerait à un collégien : « vu ton intérêt irrationnel pour la peinture et les vieux livres, tu choisiras une filière sans perspective d'avenir et tu ne

---

<sup>617</sup> *Ibid.*

<sup>618</sup> *Ibid.*

<sup>619</sup> A. Ross, « Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit » (1936), trad. de l'anglais par A. King et L. Petersell. *Revus*, n° 24, 2014, p. 18.

<sup>620</sup> A. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft* (Critique de la soi-disant raison pratique. Prolegomènes à une critique de la connaissance juridique), éd. Felix Meiner, 1933. Pour une analyse, voir W. Zaluski, « Alf Ross on Practical Reason », *Revista International de Filosofía y Teoría Social*, n° 71, 2015, pp. 31-39.

trouveras pas d'emploi », pourrait-il tenir longtemps sa prétention à la prédiction et refuser d'admettre qu'il s'agit là d'un conseil ou d'une mise en garde, c'est-à-dire une attitude normative ? Une prétention à la seule prédiction aurait-elle une importance décisive quant aux effets de son affirmation sur celui qui en est le principal concerné ? De la même manière, nous pouvons interroger les conséquences d'une prédiction des décisions de justice sur le contenu des décisions de justice elles-mêmes, indépendamment de l'intention de l'auteur sur la nature épistémologique de ses travaux.

Dans cette perspective, même l'empirisme de Ross serait impuissant à empêcher la collusion entre la science du droit et son objet. Ou plutôt, et ce sera l'hypothèse qui nous guidera désormais, le schéma sujet/objet, importé de la philosophie scientifique, serait inadapté à la compréhension de la relation qu'entretient le chercheur en droit avec le droit, dans la mesure où il y a, à la place d'un objet, des *personnes*, des sujets doués de la faculté de comprendre ce qu'on dit de ce qu'ils font et ainsi capables d'ajuster leurs actes (linguistiques) en fonction de ce qu'on leur dit. Il s'agira, en d'autres termes, d'opposer la philosophie herméneutique à la philosophie scientifique.



**II**  
**Herméneutique et recherche en droit**



*« Car, alors, nous apprenons à connaître ensemble, nous nous aidons mutuellement à connaître, nous comblons les lacunes réciproques de nos expériences, les vivants coopérants avec les vivants, et tous les vivants coopérant avec tous les morts. »<sup>621</sup>*

**132. Alternative à la théorie de la science du droit.** - À force d'insister sur les apories auxquelles conduit la conception scientifique de la recherche en droit, nous pourrions en venir à la seule provocation : « la science du droit n'existe pas ». Si nous tenons à conserver les limites conventionnelles de ce que l'on dit être épistémologique, à savoir, peu ou prou, étude de la science, ce serait peut-être notre unique point de chute ; disparition de l'épistémologie du droit, entraînée par la déception de tout espoir en la scientificité de l'activité qui l'avait initialement convoquée. L'autre attitude possible, plus constructive, reviendrait à travailler une alternative à la théorie de la science du droit, aménager l'espace pour une conception de la recherche en droit où son caractère scientifique n'est ni l'enjeu, ni le présupposé. On envisagerait toujours la possibilité pour la recherche en droit de se perfectionner, mais on renoncerait à l'idéalisation d'une science du droit et, du même coup, au dualisme sujet/objet qui l'accompagne. Là, peut-être, pourrions-nous avoir une idée du bénéfique qu'il y aurait à saisir l'activité de la recherche en droit, son intérêt et son importance quand elle est associée à l'activité des juges et des avocats plutôt qu'à celle des physiciens, des chimistes et des géologues.

Une théorie *herméneutique* de la recherche en droit, en tant qu'elle accorde, dans son énoncé le plus général, la priorité à l'idée d'une participation de la recherche juridique au

---

<sup>621</sup> M. Buber, « Suivre ce qui est commun » (1956), in *Communauté*, trad. de l'allemand par G. Cheptou, Éditions de l'éclat, coll. Éclats, 2018, p. 126.

droit, instanciée dans le cadre d'une discussion ouverte à la fois aux chercheurs et aux autorités, montre une voie digne d'être explorée. Elle se dresserait face à la théorie de la science du droit comme *alter ego*, alternative systématique d'où naîtrait la réplique, point par point, à ses thèses principales. Elle assumerait ce rôle d'entrée de jeu, dès l'énoncé des premiers principes. Quand, pour la théorie de la science du droit, l'authentique démarche savante en droit revient à décrire, prédire, représenter le droit tel qu'il est ou qu'il sera, l'approche herméneutique viendrait affirmer : les chercheurs en droit participent au droit. Ils y contribuent, car ils s'en soucient. Ils traitent, comme tout juriste, la question de ce que l'autorité juridictionnelle doit décider, qu'ils déclinent en d'innombrables questions particulières.

À ce degré d'abstraction, l'opposition de Hart entre point de vue externe et point de vue interne exprime bien le conflit entre théorie de la science du droit et philosophie herméneutique de la recherche en droit, si toutefois les deux perspectives sont conçues comme principes épistémologiques directeurs, plutôt qu'options méthodologiques à libre usage des chercheurs. De la sorte, l'opposition hartienne des points de vue interne et externe peut être interprétée comme l'expression métaphorique de l'opposition philosophique entre la neutralité scientifique du chercheur et son engagement herméneutique, entre le connaître pur, vierge et innocent et celui aux mains sales, dans la machine, à ses risques et périls. L'épistémologie juridique scientifique prend pour principe le point de vue externe, jusqu'à regretter que les chercheurs en droit ne tiennent jamais assez la distance neutralisante qu'elle réclame entre eux et les discours qu'ils sont censés observer. À l'inverse, une conception herméneutique part du principe du point de vue interne quand elle suppose que les chercheurs en droit, quoi qu'ils en pensent, prennent toujours part, de près ou de loin, à la discussion sur ce que les autorités doivent décider, et qu'ils sont de ce fait de véritables juristes. C'est justement là ce qui fait de leurs publications des contributions à la recherche en droit et donc ce qui fait d'elles, et de façon inextricable, des contributions au droit.

**133. Philosophie de l'esprit et philosophie du langage.** - Science du droit et herméneutique de la recherche en droit sont deux perspectives radicalement opposées. Ou bien le chercheur décrit le droit et doit s'abstenir d'y participer, ou bien il s'y engage en exprimant la façon dont les juges doivent prendre leurs décisions, cessant par là de prétendre à une attitude désengagée. Cette opposition n'est pas radicale par hasard. Les principes qui gouvernent les deux hypothèses proviennent de deux traditions philosophiques concurrentes : une philosophie de la conscience, de la représentation, de l'esprit scientifique, et une philosophie du langage, de l'expression, de l'engagement discursif. L'ancrage des théories de la science du droit dans la philosophie de la conscience n'a pas besoin d'une très longue démonstration, et elle sera certainement acceptée et reconnue par ses tenants. La théorie de la science du droit applique la logique du couple sujet/objet de la philosophie

scientifique en lui faisant prendre la forme de la distinction entre le droit, l'objet, et le scientifique du droit, le sujet connaissant. La recherche, toujours revendiquée, de l'objectivité contre le spectre angoissant de la subjectivité constitue effectivement son idée fixe, qu'elle croit pouvoir atteindre en s'étreignant du corsetage exigeant de la méthode scientifique. Avec elle, il s'agit d'effacer ou de rendre interchangeable le sujet connaissant pour le faire correspondre au sujet transcendantal, idéal hypostasié en « la science du droit ». Et puisque du domaine des fins et de la raison pratique il ne peut être question d'une telle anonymisation sans qu'il ne soit en même temps le fait d'une imposture, d'une dissimulation ou d'une irresponsabilité, il en aura résulté la reprise par la théorie de la science du droit d'une conception *empiriste* de la connaissance, soit l'attribution d'une importance constitutive à l'observation des faits dans l'activité épistémique. Qu'importe, alors, si l'érection de la connaissance empirique en modèle pour la recherche en droit dépasse toutes les limites autorisées de la métaphore. Kelsen, par une ontologie généreuse, n'a eu qu'à considérer les normes juridiques comme des objets idéels supportant la description, et « l'interprétation scientifique des normes » prendra sans ambages les formes et caractéristiques classiquement reconnues à l'observation de choses et d'états de choses<sup>622</sup>. Ce faisant, la conception scientifique de la recherche en droit répond à la philosophie de la conscience en lui reprenant sa conception *spéculaire* de la connaissance<sup>623</sup> : la théorie de la science du droit insiste pour qu'elle devienne le miroir du droit. Il faudra le représenter le plus fidèlement possible (description) ou anticiper ce qu'il sera probablement (prédiction). Que cette conception spéculaire, menée jusqu'au bout, puisse conduire à une plate reformulation des normes juridiques semble avoir peu ému Kelsen. Une telle rigidité face à l'absurde a déjà suscité notre curiosité<sup>624</sup>. Enfin, la conception scientifique de la connaissance semble reprendre à la philosophie de la conscience le projet émancipateur de l'*Aufklärung*, consistant à expulser les traditions et les préjugés altérant la conscience du sujet connaissant. Épris de l'image d'une neutralité transparente, les *Aufklärers* traquent, dans l'activité épistémique, ce qu'à la suite de Marx et Engels nous appelons « idéologies »<sup>625</sup>. Kelsen, Ross et Michel Troper auront bien à cœur cet objectif, car il garantirait la scientificité de la recherche en droit, sans voir que l'idée

---

<sup>622</sup> Selon Kelsen, « si on comprend le droit "positif" comme le droit "empirique", le droit dans l'expérience, ou "l'expérience juridique", comme Sander l'appelle, alors la Théorie pure du droit est en effet empiriste – mais c'est un empirisme dans le sens de la philosophie transcendantale de Kant », H. Kelsen, « The Pure Theory of Law, "Labandism", and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves » (1933), in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 171-172.

<sup>623</sup> R. Rorty, *L'homme spéculaire* (1979), trad. de l'anglais par Th. Marchaisse, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1990.

<sup>624</sup> Voir *supra* § 123.

<sup>625</sup> K. Marx et F. Engels, *L'idéologie allemande* (1845), trad. de l'allemand par H. Hildenbrand, Nathan, coll. Les intégrales de philo, 2005 ; Pour aller plus loin, P. Ricœur, *L'idéologie et l'utopie* (1986), trad. de l'anglais par M. Revault d'Allonnes et J. Roman, Seuil, coll. Points Essais, 1997 ; L. Tadic, « Kelsen et Marx. Contribution au problème de l'idéologie dans "la théorie pure du droit" et dans le marxisme », *Archives de philosophie du droit*, n° 12, 1967, pp. 243-257.

fixe de la scientificité dont ils sont enclins peut, elle aussi, se concevoir comme telle<sup>626</sup>. Comme on l'a vu, la reconnaissance conjointe de la nature idéologique du discours juridique et de l'impératif d'une science du droit axiologiquement neutre aura été le problème principal forçant à reconnaître une franche distinction entre le droit et la science du droit. Vu ces points d'accroche significatifs, on ne s'étonnera pas que la *Critique de la raison pure* de Kant, point culminant de la philosophie de la science chez les Lumières, constitue en même temps l'horizon philosophique indépassable de la théorie de la science du droit, tant bien même la *Critique de la raison pratique*, la *Critique de la faculté de juger* ou les *Fondements de la métaphysique des mœurs* pouvaient fournir un matériel théorique plus adapté à la discipline juridique. L'obéissance néo-kantienne affichée par Ross et Kelsen semble confirmer cette analyse<sup>627</sup>.

De l'autre côté, la conception herméneutique de la recherche en droit s'inscrit dans le paradigme d'une philosophie du langage en rupture avec les principes fondamentaux de la philosophie de la conscience. Pour le comprendre, nous analyserons cette rupture dans une perspective généalogique. On retracera à grands traits son itinéraire philosophique. L'opération est essentielle car elle permet l'émancipation des structures conceptuelles dont, en agitant l'impressionnant modèle des sciences naturelles, les théories de la science du droit ont valorisé l'importation. Une conception herméneutique de la recherche en droit gagne la possibilité de se présenter comme une alternative radicale à la théorie de la science du droit si elle rompt avec la thèse de la distinction entre la science du droit et le droit, entendue comme une spécification de l'opposition entre le sujet et l'objet, ainsi que Merleau-Ponty, à titre général, pouvait l'espérer : « En cherchant à décrire le phénomène de la parole et l'acte exprès de signification, nous aurons une chance de dépasser définitivement la dichotomie classique du sujet et de l'objet »<sup>628</sup> (**Chapitre 4**). Cette refondation, qui met au centre de l'activité de connaissance l'instance de la discussion et le rapport sujet/sujet, nous permet d'examiner à nouveaux frais les prétentions à la description et à la prédiction du droit. Une fois réintégré le contexte d'énonciation de ce qui suit ces prétentions (les interlocuteurs et la situation socio-historique), on remarque que ce qui suit sont des *conclusions en droit*. Elles-mêmes sont des participations à l'interminable discussion sur ce que le juge doit décider (discussion juridique), et ce indépendamment des intentions de leurs auteurs et des

---

<sup>626</sup> J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »* (1968), trad. de l'allemand par J. R. Ladmiral, Gallimard, coll. Tel, 1973. Voir aussi J.-P. Charrier, *Scientisme et occident. Essai d'épistémologie critique*, L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2012.

<sup>627</sup> « Il est entièrement correct que le fondement philosophique de la Théorie pure du droit est la philosophie kantienne, en particulier la philosophie kantienne dans l'interprétation qui a prévalu à travers Cohen », H. Kelsen, « The Pure Theory of Law, "Labandism"... », *op. cit.*, p. 171 ; Voir aussi S. Hammer, « A neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law ? », in *ibid.*, pp. 177-194 ; G. Edel, « The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen », in *ibid.*, pp. 195-219. Sur ce point, voir V. Villa, *La science du droit*, trad. de l'italien par O. et P. Nerhot, LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990.

<sup>628</sup> M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945, p. 202.

préliminaires méthodologiques qu'ils pourraient exposer. Alors, sans doute, la confusion entre droit et « science du droit » est inéluctable. Dans ces conditions, les prétentions à la scientificité opèrent comme autant de dénégations de l'engagement des chercheurs en droit dans la discussion juridique. Ces prétentions sont problématiques, car elles impliquent un manque de lucidité épistémologique de leurs auteurs à l'égard de ce qu'ils font effectivement (**Chapitre 5**). Plus inquiétant encore, la traque de ceux qui expriment leurs convictions pour le droit semble s'inscrire dans un rapport ambigu vis-à-vis des autorités juridiques, ce dont témoignent les insistances répétées sur la déférence qu'on devrait nécessairement leur manifester. Dans cette mesure, l'*Aufklärung* se retourne sur elle-même et devient un instrument de censure envers ceux qui ne concèdent pas aux autorités le monopole de la détermination du juste et de l'injuste. Contre cette tendance, il faudra revenir à l'essentiel et affirmer la liberté d'expression et de discussion des chercheurs en droit. Cette liberté constitue un principe épistémologique fondamental pour la recherche en droit. Elle est essentielle dans une société démocratique, et n'a de chances de se réaliser pleinement en des contributions positives pour la communauté juridique que si l'on reconnaît les chercheurs en droit à la fois comme *juristes* et comme *citoyens*. Il faut reconnaître qu'ils sont juristes et qu'ils font du droit, et ainsi qu'ils contribuent, dans la mesure des moyens dont ils disposent, à l'administration de la justice. Comme *citoyens*, ils ont une légitimité politique à y contribuer, qu'ils pourront exercer tant que l'administration de la justice sera publique, c'est-à-dire républicaine (**Chapitre 6**).



## Chapitre 4

### Fondements philosophiques pour une herméneutique de la recherche en droit

**134. Hamann, Humboldt et Gadamer.** - « Le changement de paradigme lié au passage d'une philosophie de la conscience à une philosophie du langage » prenant la forme d'une « critique des fondements d'une philosophie imposant à toutes choses le modèle des relations entre sujet et objet »<sup>629</sup>, cette « transformation de la philosophie »<sup>630</sup> peut profiter à celle de l'épistémologie juridique. Il y a donc lieu de comprendre les moyens par lesquels la relation sujet/objet, au plan le plus général de la philosophie, a pu être dépassée.

Trois moments significatifs s'en dégagent et chacun, pour animer la narration, peut être incarné par un philosophe. Nous verrons Hamann déplacer la raison depuis la conscience vers le langage. Dans ce mouvement, il décrédibilise la pureté supposée de la relation instituée par Kant entre le sujet et l'objet (*tournant linguistique*, **section 1**). Humboldt, lui, va insister sur l'importance de la communication dans sa philosophie du langage ; il prépare alors ce qui importe le plus à une conception discursive et intersubjective des activités épistémiques (*tournant discursif*, **section 2**). Gadamer profitera des efforts précédents pour renouveler la conception des disciplines historiques et culturelles, dites aujourd'hui sciences humaines. Il comprend l'expérience herméneutique, à l'œuvre dans chaque interprétation, comme l'instauration d'une discussion entre le texte et l'interprète (*tournant herméneutique*, **section 3**). À l'issue du tournant linguistique, le rapport sujet/sujet s'est substitué au rapport sujet/objet et rend raison aux activités épistémiques qui, comme le droit, sont des disciplines interprétatives.

---

<sup>629</sup> J. Habermas, *La pensée postmétaphysique. Essais philosophiques* (1988), trad. de l'allemand par R. Rochlitz, Armand Colin, coll. Théories, 1997, p. 43.

<sup>630</sup> Dans ce sens, K.-O. Apel, *Transformation de la philosophie*, t. 1 et 2 (1973), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme, D. Trierweiler et Th. Simonelli, Cerf, coll. Passages, 2006 et 2010.

## Section 1 : Johann Georg Hamann et le tournant linguistique

**135. Hamann contre Kant.** - Johann Georg Hamann (1730-1788), dit « le Mage du Nord »<sup>631</sup>, inaugure, par sa « métacritique du purisme de la raison pure »<sup>632</sup> dirigée contre la première *Critique* de son ami Kant<sup>633</sup>, l'objection de l'oubli du langage par la philosophie de la conscience. Son argumentation est radicale dans sa façon de remettre en cause la possibilité du projet émancipateur des Lumières ou, plus exactement, la pertinence de la structure conceptuelle par laquelle il en promet l'accomplissement : « l'hypostase de la raison par l'abstraction de son incarnation dans le langage, la culture et l'expérience »<sup>634</sup>. Hamann n'est ni le seul, ni le premier, ni le plus célèbre « contre-Lumières »<sup>635</sup>, mais lui mettra le doigt sur l'anomalie d'où partira la bifurcation conceptuelle dont on sait, rétrospectivement, qu'elle a été la plus fructueuse. « Avec moi, ce n'est pas tant la question "qu'est-ce que la raison ?" mais plutôt "qu'est-ce que le langage ?" »<sup>636</sup> : euphémisme d'affirmer que son intuition, pleine de perspectives inouïes, irrigue la philosophie jusqu'à nos jours<sup>637</sup>.

<sup>631</sup> I. Berlin, *Le mage du nord, critique des Lumières. J. G. Hamann, 1730-1788* (1993), trad. de l'anglais par M. Martin, PUF, coll. Perspectives germaniques, 1997.

<sup>632</sup> J. G. Hamann, *Aesthetica in nuce. Métacritique du purisme de la raison pure et autres textes*, trad. de l'allemand par R. Deygout, Vrin, coll. Essais d'art et de philosophie, 2001, pp. 149-155. Voir aussi la traduction, fort différente, de H. Corbin, in *Hamann, philosophe du luthéranisme*, Berg International, coll. l'Île Verte, 1985, pp. 139-147.

<sup>633</sup> Hamann et Kant se connaissaient bien. Ils sont tous deux originaires de Königsberg, et Kant a secouru un Hamann miséreux en lui trouvant un emploi au port de Königsberg. Ils se sont en outre échangés de nombreuses lettres ; Hamann commence l'une d'elles par « Cher ami, ce nom n'est pas un vain mot pour moi, mais une source de devoir et de ravissements qui se correspondent. C'est de ce point de vue que vous jugerez le document ci-joint. Une louche de sel n'appartient pas toujours à l'alliance que l'on nomme amitié. Je me flatte donc de me contenter de la poignée avec laquelle j'ai dû épicer la présente lettre », J. G. Hamann, « Lettre à Emmanuel Kant (fin décembre 1759) », in *Aesthetica in nuce...*, *op. cit.*, p. 129. Voir, sur la relation qu'il entretenait, F. C. Beiser, « Kant, Hamann, and the Rise of the *Sturm und Drang* », in *The Fate of Reason, German philosophy from Kant to Fichte*, Harvard University Press, 1987, pp. 18-43.

<sup>634</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>635</sup> La catégorie historique de « contre-Lumières » (*counter-Enlightenment*) est relativement récente : William Barrett, en 1949, semble le premier à l'utiliser dans « Art, Aristocracy and Reason », *Partisan Review*, vol. 16, n° 6, juin 1949, pp. 649-665. Voir, pour un panorama des contre-Lumières, I. Berlin, *À contre-courant. Essai sur l'histoire des idées*, trad. de l'anglais par A. Berelowitch, Albin Michel, coll. Les grandes traductions, 1988 ; D. Mac Mahon, *Enemies of the Enlightenment, the French Counter-Enlightenment and the Making of Modernity*, Oxford University Press, 2001.

<sup>636</sup> J. G. Hamann, *Sämtliche Werke*, vol. 3, Herder, coll. Historical-Critical, 1949-1957, p. 286, cité par J. R. Betz, *After Enlightenment. The Post-Secular Vision of J. G. Hamann*, Wiley-Blackwell, coll. Illuminations, Theory and Religion, 2009, p. 231.

<sup>637</sup> « Évalué d'après les standards du 20<sup>e</sup> siècle, la pensée de Hamann frappe par sa modernité et son anticipation des thèmes philosophiques contemporains. Ainsi, comme beaucoup de philosophes analytiques, Hamann insiste sur le fait que le langage est le véritable organe de la pensée et que la philosophie du langage devrait remplacer l'épistémologie. Anticipant Freud, il met le doigt sur le rôle constitutif du subconscient sur notre vie intellectuelle. Et, bien avant Hegel ou Wittgenstein, il met en exergue la dimension sociale et culturelle de la rationalité », F. C. Beiser, *The Fate of Reason...*, *op. cit.*, p. 17.

**136. Qu'est-ce que les Lumières ?** - Kant a détaillé le projet des Lumières dans sa « Réponse à la question : "Qu'est-ce que les Lumières ?" »<sup>638</sup>. Il s'agissait, selon lui, d'émanciper le sujet du poids des traditions, comme des préjugés et obscures superstitions qu'elles charrient contre toute raison. Kant suggère que la soumission servile à l'autorité des dogmes prend racine dans la paresse et la lâcheté : « Si j'ai un livre, qui me tient lieu d'entendement, un directeur, qui me tient lieu de conscience, un médecin, qui décide pour moi de mon régime, je n'ai pas vraiment besoin de me donner de peine moi-même »<sup>639</sup>.

*L'Aufklärung* est ainsi définie par « la modification du rapport préexistant entre la volonté, l'autorité et l'usage de la raison »<sup>640</sup>. Kant la comprend comme l'invitation, adressée à chacun, à sortir de sa minorité, à s'émanciper de l'autorité en reconnaissant la vertu de ce qu'il conçoit comme la « devise des Lumières » : « Aie le courage de te servir de ton propre entendement ! (*Sapere aude*) »<sup>641</sup>. Est encouragée « la réactivation permanente d'une attitude » plutôt qu'une « fidélité à des éléments de doctrine »<sup>642</sup>. Par cette faculté du sujet à penser par lui-même, à considérer d'un œil critique même ce qui lui vient depuis la nuit des temps, la connaissance peut progresser et l'individu, s'émanciper. *L'Aufklärung* glorifie le recentrement sur soi comme acte inaugural de la libération de l'esprit, sursaut contre son occupation irrégulière par les maîtres à penser de tout poil. La « conscience individuelle » devient « l'origine absolue de la connaissance et de l'action »<sup>643</sup>. La puissance libérée du Je, ne se fiant qu'à son propre discernement, renverse la table, il se dresse contre l'impersonnalité autrefois intimidante du On de « ce que l'on dit ».

**137. Kant et la relation sujet/objet** - Dans cette attitude de méfiance à l'égard des traditions et de l'histoire, Kant, dans la *Critique de la raison pure*, conçoit sa théorie de la connaissance. Son individualisme philosophique installe la raison dans la conscience autonome du sujet ; il reprend à Descartes son dualisme corps-esprit et l'empirisme de Hume. La question qu'il se pose est, à bien des égards, des plus classiques. Comme ses prédécesseurs, il s'engage à comprendre la relation que l'esprit du sujet connaissant entretient avec le corps de l'objet à connaître, question qui aura reçu des réponses oscillant à chaque fois entre idéalisme (priorité de l'esprit sur le corps) et matérialisme (priorité du corps sur l'esprit). Le problème philosophique du *comment connaître* se pose donc dans les termes de la dichotomie objet/sujet, et l'enjeu qu'il soulève met directement en scène une lutte pour l'objectivité

<sup>638</sup> E. Kant, « Réponse à la question : "Qu'est-ce que les Lumières ?" » (1784), in E. Kant et M. Mendelssohn, *Qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. de l'allemand par C. Morana, Mille et une nuits, 2006, pp. 11-28.

<sup>639</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>640</sup> M. Foucault, « Qu'est-ce que les Lumières ? » (1984), in *Dits et écrits. 1976-1988*, t. 2, Gallimard, coll. Quarto, 1994, p. 1383.

<sup>641</sup> E. Kant, « Réponse à la question... », *op. cit.*, p. 11.

<sup>642</sup> M. Foucault, « Qu'est-ce que les Lumières ? », *op. cit.*, p. 1390.

<sup>643</sup> L. Goldmann, « La pensée des "Lumières" », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 22, n° 4, 1967, p. 755.

contre la subjectivité. Il s'agira « d'établir comment les conditions subjectives de la pensée peuvent avoir une valeur objective »<sup>644</sup>, c'est-à-dire de déterminer à quel point et dans quelles conditions peut être réalisée sans perte la connexion entre d'un côté l'intérieur du sujet, lieu de création des concepts, et de l'autre l'extérieur du sujet, monde des objets auquel il accède par sa sensibilité. Dans cette perspective, l'opération épistémique par excellence est la représentation. L'esprit est assimilé à un miroir et la philosophie entame sa réduction en une épistémologie subordonnée à la science. Il lui revient alors la tâche d'« examiner, réparer et, pour ainsi dire, polir le miroir de l'esprit, afin d'obtenir des représentations toujours plus adéquates »<sup>645</sup>.

À cette fin, Kant insiste pour que nous prenions conscience des limites de la raison, au-delà desquelles nos prétentions à la connaissance perdent leur légitimité épistémologique. Ces limites, puisque la raison prend racine dans l'esprit du sujet, sont « quelque chose qui se découvre à propos de l'esprit »<sup>646</sup>. Dans ce contexte, Kant réalise que l'espace et le temps ne sont pas des données extérieures, empiriques, qui peuvent être soumises à l'observation. L'espace et le temps ne sont pas des concepts conçus *a posteriori* de nos expériences, mais les formes qui déterminent *a priori* les conditions de notre entendement. Ce sont, d'après Kant, les deux formes que le sujet suppose nécessairement lorsqu'il emploie les catégories, « concepts purs de l'entendement »<sup>647</sup> qui, comme la pluralité ou la causalité, sont « les modes de liaison les plus universels présupposés par les jugements »<sup>648</sup>, les « règles de synthèse d'où résulte l'unité de l'expérience objective »<sup>649</sup>. De là vient que le sujet ne peut plus prétendre accéder directement aux choses en soi, mais seulement aux phénomènes que les catégories constitutives de l'entendement rendent intelligibles. L'esprit humain est *a priori* limité par la matrice spatio-temporelle à travers laquelle il voit et pense les objets. La célèbre distinction kantienne entre *chose en soi* et *phénomène* se dessine donc par la projection sur l'objet des limites de la raison tracées du côté du sujet par la nécessité fondamentale des conditions transcendantales de l'entendement. Ainsi, les possibilités de connaissance d'un objet ne sont revues à la baisse qu'en raison des limites des facultés cognitives du sujet : ce n'est pas le sujet qui se règle sur les objets tels qu'ils sont en eux-mêmes, mais les objets qui se règlent sur les facultés cognitives du sujet<sup>650</sup>.

**138. Hamann contre les trois purifications.** - Hamann, l'un des tout premiers lecteurs de la *Critique de la Raison Pure*, et dont par ailleurs il proclame « son admiration non

<sup>644</sup> J.-M. Vaysse, *Dictionnaire Kant*, entrée « objet », Ellipses, 2007, p. 133.

<sup>645</sup> R. Rorty, *L'homme spéculaire*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>646</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>647</sup> E. Kant, *Critique de la raison pure* (1787), trad. de l'allemand par A. J.-L. Delamarre, F. Marty et J. Barni, Gallimard, coll. Folio Essais, 1980, p. 190.

<sup>648</sup> *Ibid.*

<sup>649</sup> *Ibid.*

<sup>650</sup> E. Kant, « Préface de la seconde édition », in *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, pp. 45-46.

dissimulée »<sup>651</sup>, remarque que la cohérence interne du schématisme kantien implique trois *purifications* : « La *première* purification de la philosophie a consisté en effet dans la tentative aussi bien incomprise que ratée de rendre la raison indépendante de tout héritage, tradition et croyance en celle-ci. La *deuxième* est encore plus transcendante et débouche sur rien de moins qu'une indépendance face à l'expérience et son induction quotidienne [...] Le *troisième* purisme suprême et pour ainsi dire *empirique* concerne donc encore la *langue*, le seul premier et dernier organe et critère de la raison, sans un autre créditif que *tradition* et *usage* »<sup>652</sup>.

Les trois reproches adressés par Hamann à la philosophie kantienne sont étroitement solidaires dans leur principe. Ils visent à briser le « rêve transcendantal »<sup>653</sup> de Kant. S'il ramifie son objection en trois branches, ce n'est, selon Robert Sparling, qu'en écho amusé à la thèse kantienne des trois étapes de la philosophie (dogmatique, sceptique, critique)<sup>654</sup>. Le *premier purisme* qu'il dénonce conduit à évacuer, par décret, la tradition et l'histoire des conditions transcendantales de l'entendement. C'est effectivement l'ambition même des Lumières, mais c'est là, paradoxalement, ce qui les rend étroitement solidaires de toute la philosophie depuis Platon, laissant croire que les philosophes, eux, pensent hors de l'histoire, et qu'ils peuvent ainsi accéder à quelques vérités éternelles et définitives. L'apriorisme kantien entend se soustraire du milieu historico-culturel duquel il émerge, et c'est en cela qu'il se prétend, dans un premier sens, *pur*. D'un ton railleur, Hamann remarque que Kant lui-même, fut-il aussi génial qu'il l'a été, est situé historiquement. Ses thèses sont tributaires des travaux de Berkeley et de Hume, ce qui signifie, en creux, qu'elles n'auraient pas eu le même contenu sans ces derniers<sup>655</sup>. L'influence de la physique newtonienne sur le schématisme kantien est, par ailleurs, tout aussi déterminante, comme le soulignera bien plus tard Dewey : « Sur le versant scientifique, il s'inquiétait d'apporter à la science newtonienne une justification philosophique décisive, qui soit hors d'atteinte du scepticisme. Sa conception de l'espace et du temps en tant que formes nécessaires de la possibilité de la perception justifiait l'application des mathématiques aux phénomènes naturels. Les catégories de la pensée nécessaires pour que l'entendement appréhende les objets de la perception – un entendement nécessaire à la science – fournissaient les fondements des substances permanentes et des relations uniformes de conséquence – ou de causation – exigées par les théories newtoniennes des atomes et des lois universelles »<sup>656</sup>. Richard Rorty complètera encore l'allusion de Hamann en exhumant les origines grecques de la conception spéculaire de la

<sup>651</sup> J. G. Hamann, « Recension de la *Critique de la raison pure* » (1781), in *Aesthetica in nuce...*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>652</sup> J. G. Hamann, « Métacritique... », *op. cit.*, p. 150.

<sup>653</sup> J. R. Betz, « Hamann et la métacritique de Kant : Déconstruire le rêve transcendantal », in *After enlightenment...*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>654</sup> R. A. Sparling, *Johann Georg Hamann and the Enlightenment Project*, University of Toronto Press, 2011, p. 61.

<sup>655</sup> J. G. Hamann, « Métacritique... », *op. cit.*, p. 149.

<sup>656</sup> J. Dewey, *La quête de certitude. Une étude de la relation entre la connaissance et l'action* (1929), trad. de l'anglais par P. Savidan, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2014, p. 77.

connaissance, de l'image de l'esprit comme miroir de la nature, laquelle reste omniprésente dans les épistémologies cartésienne et kantienne supposément libérées des dogmes<sup>657</sup>. En bref, « tous les arguments philosophiques sont historiquement situés »<sup>658</sup>, et ils le sont aussi culturellement : « L'intention, l'époque, le lieu d'un auteur, tout ceci fait partie des conditions de son expression. La Cour, l'école, les affaires, les corporations, les cliques et les sectes ont leur propre vocabulaire »<sup>659</sup>.

Le *deuxième purisme* épinglé par Hamann agit par la construction abstraite du sujet transcendantal. Le fondement de la raison s'y retrouve entièrement déterminé dans les conditions de possibilité de l'entendement, plutôt que dans « l'expérience et l'induction quotidiennes ». La mise en scène d'un face-à-face épuré entre le sujet et l'objet fait sortir l'expérience de qu'on appelle, depuis Husserl, le monde vécu. Le schématisme kantien est pour Hamann trop aseptisé. Par abstraction, il installe l'expérience dans un bloc opératoire standard où chaque individu aurait à sa libre disposition une panoplie d'outils mentaux identiques, stérilisés et bien alignés. Par là, Hamann reproche aussi à Kant d'avoir succombé à l'individualisme solipsiste des Lumières. Le premier purisme nous a privés de nos ancêtres ; le second fait disparaître nos contemporains, ceux avec qui nous vivons.

La dernière critique, celle du *troisième purisme*, est « suprême » parce qu'elle subsume les deux premières sous la proposition qu'elle exprime. Hamann reproche au schématisme kantien de priver le langage de toute importance décisive dans l'ordre de la raison en le réduisant à une fonction technique, instrumentale. Kant, encore une fois, apparaît comme un philosophe de son temps, car au siècle consacrant la puissance de la conscience individuelle, le langage est toujours conçu comme un outil utilisé *a posteriori*, pour mettre en mots, après coup, ce qui a été préalablement pensé : « Le rôle du langage est relégué à celui d'un outil médiatisant la relation sujet/objet ; par conséquent, le langage devient un *médium* pour l'expression de pensées prélinguistiques »<sup>660</sup>.

Hamann parle de « purisme empirique concernant le langage » parce qu'il fait intervenir le langage *après* les opérations d'observation et de synthèse, comme si les informations collectées par les facultés de la sensibilité étaient données brutes : « *Réceptivité de la langue et spontanéité des concepts !* – C'est dans cette double source d'ambiguïté que la raison pure puise tous les éléments de sa prétention »<sup>661</sup>. Il préfigure, dans ce diagnostic, les critiques de Quine et de Sellars, formulées respectivement contre les « dogmes de

<sup>657</sup> R. Rorty, *L'homme spéculaire*, op. cit.

<sup>658</sup> R. A. Sparling, *Johann Georg Hamann...*, op. cit., p. 61.

<sup>659</sup> J. G. Hamann, cité sans référence par S. Majetschak, « De la parole et de l'écoute du verbe », préface à J. G. Hamann, *Aesthetica in Nuce...*, op. cit., p. 12.

<sup>660</sup> Ch. Lafont, *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy* (1993), trad. de l'espagnol par J. Medina, The MIT Press, 1999, p. 3.

<sup>661</sup> J. G. Hamann, « Métacritique... », op. cit., pp. 150-151.

l'empirisme »<sup>662</sup> et le « mythe du donné »<sup>663</sup>. Avec Hamann, le langage est reconnu dans sa nature quasi-transcendantale : « Le langage et l'écriture sont les organes et conditions indispensables de tout savoir humain, plus essentiels et absolus encore que la lumière ne l'est pour la vision et le son pour l'écoute »<sup>664</sup>.

**139. Intimité de la raison et du langage.** - Pour Hamann, la volonté kantienne d'une purification fondamentale prend son origine dans « la tentative illusoire de séparer la raison de ses conditions d'existence concrètes et historiques »<sup>665</sup>. Kant ne peut se permettre cette abstraction qu'en oubliant de se poser une question pourtant essentielle, préalable à celle de la possibilité de l'entendement : « Comment est-il possible de penser la faculté ? »<sup>666</sup>. S'il avait entrepris cette métacritique, affirme Hamann, peut-être Kant aurait-il compris avec lui qu'« il n'y a besoin d'aucune déduction pour prouver l'antériorité généalogique de la *langue* par rapport aux *sept saintes fonctions des axiomes et raisonnements logiques*. Non seulement toute la faculté de penser repose sur la langue [...], mais encore la langue est également le centre de l'incompréhension de la raison avec elle-même »<sup>667</sup>.

Il rappelle, c'est un indice étymologique qui fera date, que «λόγος», la *logos* grec, signifie à la fois «raison» et «langage»<sup>668</sup>. Ainsi, d'après Hamann, Kant « néglige le langage parce qu'il est victime d'une très vieille erreur : la croyance selon laquelle la pensée précède le langage »<sup>669</sup>. Avec lui et pour la première fois, la philosophie déplace le centre de gravité de la raison depuis la conscience du sujet vers le langage<sup>670</sup>. Ce qu'on appelle « tournant linguistique » se manifeste pour ainsi dire comme une contre-révolution copernicienne. Ce tournant emporte, d'entrée de jeu, une série de divergences théoriques, signes d'une rupture paradigmatique ample d'échos.

<sup>662</sup> W. V. O. Quine, « Les deux dogmes de l'empirisme » (1951), in P. Jacob (dir.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*, trad. de l'anglais par P. Jacob, Gallimard, 1980, pp. 93-121. « En quoi consiste la différence formelle des concepts *a priori* et *a posteriori* ? [...] Les *ideae matrices* et les *ideae innatae* ne sont-elles pas des enfants d'un seul esprit ? [...] Les deux branches ne vont-elles pas dépérir et se dessécher à cause de cette dichotomie ou division de leur racine transcendante ? », J. G. Hamann, « Recension de la *Critique de la raison pure* », *op. cit.*, p. 146.

<sup>663</sup> W. Sellars, *Empirisme et philosophie de l'esprit* (1956), trad. de l'anglais par F. Cayla, L'Éclat, coll. Tiré à part, 1992.

<sup>664</sup> J. G. Hamann, *Sämtliche Werke*, vol. 3, *op. cit.*, p. 130. cité par J. R. Betz, *After Enlightenment...*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>665</sup> Ch. Lafont, *The Linguistic Turn...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>666</sup> J. G. Hamann, « Métacritique... », *op. cit.*, p. 152.

<sup>667</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>668</sup> « La raison est langue, λόγος, je ronge à cet os à moelle et j'en mourrai », J. G. Hamann, cité sans référence par S. Majetschak, « De la parole et de l'écoute du verbe », préface à J. G. Hamann, *Aesthetica in Nuce...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>669</sup> F. C. Beiser, *The Fate of Reason...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>670</sup> Bien sûr, le langage n'est pas l'une de ses découvertes. Platon et Hume, par exemple, lui avait déjà consacré d'amples développements. Cependant, c'est semble-t-il la première fois que le langage a été quasi-transcendantalisé de la sorte.

**140. Historicité de la raison.** - L'argument linguistique, à lui seul, permet d'insister « sur la dimension sociale et historique de la raison », celle qui, justement, « avait été tant négligée pendant les Lumières »<sup>671</sup>. La réhabilitation du langage fait ressurgir l'historicité dans la raison, et vient s'opposer tant à l'idée de *tabula rasa* qu'à la recherche de fondements ultimes. C'est qu'en effet nous ne pouvons pas ignorer notre situation concrète d'êtres jetés dans ce monde *toujours déjà* intelligible. Nous nous familiarisons avec le langage en même temps que nous apprenons à penser, et ainsi sommes-nous plongés dans une configuration particulière et contingente d'intelligibilité, forme de vie *toujours déjà* constituée<sup>672</sup>. En cela, il semble curieux pour Hamann de vouloir fonder la raison dans la conscience d'un sujet abstrait. Il y a double négation des racines qui nous lient au monde vécu. L'une est épistémologique et l'autre réflexive : d'une part le sujet transcendantal n'a ni histoire, ni culture, ni amis, ni milieu et, d'autre part, la construction du sujet transcendantal est elle-même viciée par la culture et l'histoire de celui qui le pense. Les conditions historiques et culturelles ne peuvent être amputées de ce qu'est penser. Nous ne pouvons pas ignorer que le langage véhicule un savoir déjà constitué par nos prédécesseurs, qui nous transmettent ce sans quoi nous aurions bien peu pour et à penser. La transmission historico-culturelle ne doit pas être méprisée car elle garantit la permanence d'un savoir qui n'est pas à chaque fois recommencé. Le langage, qui est donc un contenu plus qu'un contenant, devient « le capital culturel porteur de l'ensemble des savoirs et des savoir-faire de la société »<sup>673</sup>. Dans cette perspective, l'attitude effrontée des Lumières implique une forme d'incompréhension de leur propre génie philosophique : « L'usage libre et spontané du langage implique une attitude réceptive à l'égard des chemins déjà parcourus par un langage particulier. Il est impossible d'essayer de parler sans, en même temps, parler un langage déjà constitué. Peu importe à quel point une philosophie peut enrichir un langage, elle ne peut pas produire, par elle-même, ses concepts fondamentaux en déterminant *a priori* leurs relations les uns avec les autres. Comme il lui manque la "racine commune" de tels concepts, elle se trouve elle aussi dans cette situation réceptive et – tant qu'elle considère, suivant la tradition cartésienne, que ce qui est auto-généré peut être considéré comme "clair" – dans une situation de confusion vis-à-vis d'elle-même »<sup>674</sup>.

L'idée de Hamann est fructueuse, et elle a transformé la conception des sciences et de la relation qu'elles entretiennent avec la philosophie. La suivante, l'épistémologie prend la

---

<sup>671</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>672</sup> « Notre science ne peut pas se tenir entièrement sur ses propres jambes, elle est profondément ancrée dans les concepts communs acquis pendant notre enfance ou nés avec nous, et utilisés dans la vie quotidienne », E. Wigner, in B. d'Espagnat (dir.), *Foundations of Quantum Mechanics*, p. 18, cité et traduit par C. Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », in *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, Seuil, Points Essais, 1978, p. 224.

<sup>673</sup> E. Morin, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, Seuil, 1973, p. 86.

<sup>674</sup> J. Simon, « Vernunftkritik und Autorschaft. Reflexionen über Hamanns Kantkritik », in B. Gajek (dir.), *J. G. Hamann*, Klostermann, 1979, p. 150, cité par Ch. Lafont, *The Linguistic Turn...*, *op. cit.*, p. 11.

forme d'une histoire des sciences<sup>675</sup>, dans la mesure même où, par exemple, « la question "philosophique" ou "historique" des rapports entre la physique classique et la physique contemporaine est tout autant et directement une question scientifique que la physique est obligée de se poser puisqu'elle porte sur les relations entre les différentes "couches" ou "manifestations" de son objet »<sup>676</sup>. Kuhn développe aussi cette idée quand il théorise le caractère historico-culturel des paradigmes scientifiques et l'attitude conservatrice qui les maintient coûte que coûte. Il remarque que même les révolutions paradigmatiques de grande envergure ne sont pas le fait d'une refondation de principe, mais ne sont envisageables qu'en vertu d'une situation de *crise* d'un système conceptuel *déjà en place*<sup>677</sup>. L'histoire des concepts que contient le langage dans lequel nous pensons ne peut décidément pas être révoquée par décret.

**141. Indisponibilité, richesse et impersonnalité du langage.** - Dans le tournant linguistique, c'est le langage lui-même qui change de statut. Il était un instrument utilisé après l'exercice de la pensée, outil disponible à la guise du sujet. Il devient condition présidant à tout exercice de la pensée. Dans la mesure où le langage incarne des contenus conceptuels excédant ceux, minimaux, des catégories *a priori* de l'entendement, il corrompt inéluctablement le schématisme kantien, l'exigence de pureté qu'il suppose devenant presque mythologique. Le statut quasi-transcendantal nouvellement conféré au langage ouvre plusieurs perspectives théoriques. Il permet, par exemple, de concéder au langage une relative indisponibilité, ce qui permet d'envisager sagement les possibilités effectives de la créativité épistémique. Un penseur original, affirme Gadamer, compose avec le langage sans pouvoir le modeler selon sa libre volonté ; son inventivité créatrice est à chaque fois confrontée à une « pénurie de langage »<sup>678</sup>, situation qu'il doit surmonter avec prudence pour

<sup>675</sup> Voir, entre autres, G. Canguilhem, *La Formation du concept de réflexe aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles* (1955), Vrin, 1994 ; G. Canguilhem, *Études d'histoire et de philosophie des sciences concernant les vivants et la vie* (1968), Vrin, 1990 ; A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique* (1966), Gallimard, coll. Tel, 1973 ; A. Koyré, *Du monde clos à l'univers infini* (1957), Gallimard, coll. Tel, 1973.

<sup>676</sup> C. Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », in *Les carrefours du labyrinthe*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>677</sup> Th. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques* (1962), trad. de l'anglais par L. Meyer, Flammarion, coll. Champs Sciences, 2008. Comparer : « Le véritable "mouvement" scientifique se joue quand les sciences soumettent leurs concepts de base à une révision plus ou moins radicale qui ne leur est pas transparente. Jusqu'à quel point elle est capable d'une crise de ses concepts de base, voilà ce qui détermine le niveau d'une science. », M. Heidegger, *Être et temps* (1927), trad. de l'allemand par F. Vezin, Gallimard NRF, coll. Bibliothèque de philosophie, 1986, p. 33. *Contra* : « Lorsqu'on se borne à mettre en lumière les "paradigmes" successifs de la science, et à souligner qu'il existe entre eux incommensurabilité des critères, incommunicabilité des langages et "différence de mondes", [...] on ne pense pas encore le formidable problème posé par le fait que la science possède une histoire, lorsqu'on représente celle-ci comme une simple série de sauts absolus, et que l'on se refuse d'envisager la question posée par les rapports des "contenus" du savoir scientifique entre les différentes étapes », C. Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », *op. cit.*, p. 219.

<sup>678</sup> « Nous vivons, en effet, en tension constante entre ce que nous tentons de dire et ce que nous n'arrivons pas à dire de manière adéquate. C'est que la pénurie de langage est constitutive de tout homme et, avant lui, c'est elle que ressent tout penseur authentique, qui ne peut pas se dispenser de l'effort du concept »,

se faire comprendre. La rupture paradigmatique est également manifeste dans l'importance nouvelle qui peut être accordée à la richesse du langage. Dans cette perspective, sa simplification change de camp. Dans une tradition qui remonte à la Caractéristique universelle de Leibniz, la simplification du langage est une clarification vertueuse, car elle dissout non-sens et doubles emplois : tailler l'outil-langue, c'est optimiser l'adéquation entre la pensée et le signe, jusqu'au « pur signe pour une pure signification », pour que « celui qui parle chiffre sa pensée »<sup>679</sup>. Avec Orwell, nous voyons la même simplification devenir la marque d'un nouvel obscurantisme, d'un appauvrissement de la pensée<sup>680</sup>. Pour Hamann aussi, « la pureté d'un langage diminue sa richesse ; une trop stricte exactitude diminue sa force et son humanité »<sup>681</sup>. Le langage est le milieu de la pensée ; elle y croît et se nourrit de toutes ses subtilités.

Le déplacement de la pensée de la conscience vers le langage peut, enfin, conduire à la reconnaissance d'une forme d'impersonnalité, de désobjectivation voire d'une forme d'autonomie de la raison à l'égard de la conscience du sujet. Foucault peut ainsi dire : « Le discours, ainsi conçu, n'est pas la manifestation, majestueusement déroulée, d'un sujet qui pense, qui connaît et qui le dit : c'est au contraire un ensemble où peuvent se déterminer la dispersion du sujet et sa discontinuité avec lui-même »<sup>682</sup>.

Isolées, ces oppositions locales passeraient pour anecdotiques. En faisceau, elles suggèrent que la réhabilitation du langage pour traiter la question de ce qu'est penser déstabilise le schématisme kantien en tant qu'archétype de la tradition philosophique alors dominante, la philosophie de la conscience et de l'autonomie du sujet connaissant. L'argument de l'oubli du langage par la philosophie de la conscience est d'une puissance inouïe ; il couve le schisme métaphysique. La métaphore du miroir, copiant fidèlement l'objet posé devant lui, se fait concurrencer par la métaphore de la lampe, qui éclaire les choses que l'on vise avec

---

H. G. Gadamer, *Esquisses herméneutiques. Essais et conférences*, trad. de l'allemand de J. Grondin, Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2004, p. 246.

<sup>679</sup> M. Merleau-Ponty, *La prose du monde* (1969), Gallimard, coll. Tel, 1992, p. 12.

<sup>680</sup> « Le vocabulaire du novlangue était construit de telle sorte qu'il pût fournir une expression exacte, et souvent très nuancée, aux idées qu'un membre du Parti pouvait, à juste titre, désirer communiquer. Mais il excluait toutes les autres idées et même les possibilités d'y arriver par des méthodes indirectes. L'invention de mots nouveaux, l'élimination surtout des mots indésirables, la suppression dans les mots restants de toute signification secondaire, quelle qu'elle fût, contribuaient à ce résultat. », G. Orwell, « Principes de la Novlangue », in *1984* (1949), trad. de l'anglais par A. Audiberti, Gallimard, Folio, 1972, p. 422. Pour aller plus loin, V. Klemperer, *LTI. La langue du III<sup>e</sup> Reich* (1947), trad. de l'allemand par E. Guillot, Agora, coll. Pocket, 2003 ; J. Dewitte, *Le pouvoir de la langue et la liberté de l'esprit. Essai sur la résistance au langage totalitaire*, Michalon, 2007.

<sup>681</sup> J. G. Hamann, *Sämtliche Werke*, vol. 2 : *Schriften über Philosophie, Philologie, Kritik*, op. cit., p. 136, cité par J. C. O'Flaherty, *Johann Georg Hamann*, Twayne Publishers, Twayne's World Author Series: A Survey of the World's Literature, 1979, p. 114.

<sup>682</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, coll. Tel, 1969, p. 78.

elle<sup>683</sup>. Le langage contre la conscience, c'est le paradigme de l'*expression* contre celui de l'*impression*. La philosophie de la conscience fait depuis Hume la part belle à la mécanique impressive : impression, au sens ordinaire, celle dont nos sens nous donnent des choses, et impression, au sens photographique, d'une réalité que l'on révèle dans nos esprits pour en avoir la représentation<sup>684</sup>. Le tournant linguistique brise l'hégémonie de l'impression et amorce le dynamisme inverse, celui de l'expression, dont Merleau-Ponty fera tout pour qu'elle accède à une légitimité philosophique<sup>685</sup>. Expression contre impression, lampe contre miroir déjà dans les arts quand le mouvement culturel du romantisme vient narguer l'esthétique mesurée et réaliste du classicisme par l'exaltation des passions, la mise en image de l'imaginaire en nouveaux motifs de compréhension du monde. Expression contre impression pour nous, pour la théorie de la connaissance, lorsqu'en prenant le chemin ouvert par Hamann, Humboldt vient confirmer, face au paradigme conférant la priorité au rapport sujet/objet de la représentation, la pertinence d'une alternative systématique accordant cette priorité au rapport sujet/sujet, celui de la discussion.

## Section 2 : Wilhem von Humboldt et le tournant discursif

**142. Tournant discursif.** - Le tournant discursif, deuxième temps de la reconfiguration de l'arrière-plan philosophique nécessaire à la théorie de la recherche en droit pour son passage de la théorie de la science du droit à l'herméneutique juridique, doit sans doute beaucoup au linguiste et philosophe Wilhelm von Humboldt (1767-1835). Il

---

<sup>683</sup> M. H. Abrams, *The Mirror and the Lamp. Romantic Theory and the Critical Tradition* (1953), Oxford University Press, 2010.

<sup>684</sup> « Puisqu'il apparaît que nos intuitions simples précèdent les idées correspondantes et que les exceptions sont très rares, la méthode requiert, semble-t-il, que nous examinions nos impressions avant d'étudier nos idées. Les impressions peuvent se diviser en deux genres, les impressions de sensation et les impressions de réflexion. Le premier genre naît originellement dans l'âme, de causes inconnues. Le second est, dans une grande mesure, dérivé de nos idées, dans l'ordre suivant : Une impression frappe d'abord nos sens et nous fait percevoir du chaud ou du froid, la soif ou la faim, le plaisir ou la douleur, d'un genre ou d'un autre. De cette impression, l'esprit fait une copie qui reste après la disparition de l'impression ; c'est ce que nous appelons une idée. Cette idée de plaisir ou de douleur, quand elle revient dans l'âme, produit les nouvelles impressions de désir et d'aversion, d'espérance et de crainte, qu'on peut proprement appeler impressions de réflexion, parce qu'elles en dérivent. Celles-ci, à nouveau, sont copiées par la mémoire et l'imagination, et deviennent des idées : qui, peut-être, à leur tour, engendreront d'autres impressions et idées ; c'est ainsi que les impressions de réflexion ne sont pas seulement antérieures aux idées qui leur correspondent, elles sont aussi postérieures aux impressions de sensation et elles en dérivent. », D. Hume, *Traité de la nature humaine* (1739), trad. de l'anglais par Ph. Folliot, UCAQ, 2006, p. 19.

<sup>685</sup> Toute l'œuvre de Maurice Merleau-Ponty est pénétrée du thème de l'expressivité, que ce soit *Phénoménologie de la perception*, *op. cit.*, *La prose du monde*, *op. cit.*, ou ses notes de cours au Collège de France, *Le monde sensible et le monde de l'expression* (1953), Métispresses, coll. Champ contre champ, 2011. Voir, sur ce thème, J.-Y. Mercury, *L'expressivité chez Merleau-Ponty. Du corps à la peinture*, L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2000 ; J. Slatman, *L'expression au-delà de la représentation. Sur l'aïsthésis et l'esthétique chez Merleau-Ponty*, Vrin, coll. Accent, 2003, et K. Yahata, *La problématique de l'expression dans la philosophie de Maurice Merleau-Ponty*, Université de Toulouse II, thèse, 2012.

contribue à faire reconnaître l'une des conséquences les plus importantes du déplacement de la raison depuis la conscience vers le langage : la dynamique de la connaissance, ou la raison en action, n'est pas tant révélée par la prospection du for intérieur d'un sujet transcendantal, mais bien davantage par l'étude des interactions linguistiques que les sujets font naître entre eux quand ils communiquent. Nous passons là, c'est décisif, de l'analyse des formes de l'entendement à l'étude des formes de la discussion. Dans ce « passage d'une analyse introspective des données de la conscience à une analyse de faits grammaticaux publiquement accessibles »<sup>686</sup>, la relation empirique que le sujet connaissant entretient avec les objets observés (modèle sujet/objet) passe au second plan, et la relation discursive que les sujets parlants développent entre eux (modèle sujet/sujet) gagne la priorité.

**143. Penser et parler.** - Humboldt rejoint Hamann dans l'idée d'une identité des deux acceptions de *logos*, raison et langage, mais dans la mesure où il conçoit le langage comme une activité, il y ajoute en plus cette dimension pragmatique déjà à l'œuvre chez Kant lorsque celui-ci avait substitué à l'examen cartésien des idées l'étude des conditions de possibilité du connaître. De cette façon, l'identité entre raison et langage perd chez Humboldt l'aspect conservateur, peut-être paralysant, qui prédominait chez Hamann. Si le langage est *toujours-déjà-là*, il est aussi *toujours-en-train-de-se-faire*. Il est *ergon* (œuvre) et *energia* (activité)<sup>687</sup> ; il n'est pas seulement une chose inerte, statique et instituée, simplement vecteur d'inertie, il est aussi une activité vivante, dynamique et instituante, qui s'anime par l'usage qu'on en fait en parlant : « Le langage n'existe que dans la parole en cours [*ongoing speech*, dans sa traduction anglaise] »<sup>688</sup>. Chez Humboldt, la relation étroite entre raison et langage prend la forme pragmatique d'un rapport complexe entre *penser* et *parler*. Quand, dans sa première publication, justement intitulée *Penser et parler (Ueber Denken und Sprechen)*, il en vient à la conclusion d'après laquelle « le langage commence [...] immédiatement avec le premier acte de réflexion »<sup>689</sup>, « il part d'un fait, l'acte de penser, et, selon une démarche transcendantale, cherche à atteindre, en l'analysant, sa condition de possibilité : il faut parler pour penser »<sup>690</sup>. Daniel Dennett, bien plus tard, rejoindra Humboldt en affirmant que « la pensée – notre forme

<sup>686</sup> J. Habermas, *La pensée postmétaphysique*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>687</sup> W. von Humboldt, *Gesammelte Schriften*, VII, Berh, 1936, p. 418, commenté par Ch. Lafont, *The Linguistic Turn...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>688</sup> W. von Humboldt, *Gesammelte Schriften*, VI, *op. cit.*, p. 156, commenté par Ch. Lafont, *The Linguistic Turn...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>689</sup> « Le langage commence donc immédiatement avec le premier acte de réflexion et, dès que l'homme quitte la torpeur de la convoitise où le sujet dévore l'objet et qu'il s'éveille à la conscience de soi, le mot est là et constitue pour ainsi dire la première impulsion que l'homme se donne à lui-même pour s'arrêter soudain, regarder autour de soi et s'orienter », W. von Humboldt, *Ueber Denken und Sprechen*, §7, cité et traduit par P. Bange, *La philosophie du langage de Wilhelm von Humboldt (1767-1835)*, L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2014, p. 20.

<sup>690</sup> J. Quillien, *L'anthropologie philosophique de G. de Humboldt*, Presses universitaires du Septentrion, coll. Philosophie, 1991, p. 595.

de pensée – n’a pu émerger avant l’apparition du langage »<sup>691</sup>. L’acte de penser connaît, depuis l’origine, une situation d’enchevêtrement avec la prise de parole. D’un point de vue cinématique ou généalogique, la parole et le mot ne viennent pas après, mais en même temps que la pensée et le concept, si bien que, d’un point de vue épistémologique, il devient nécessaire de concevoir l’acte de penser dans le contexte de sa condition de possibilité réciproque, la prise de parole, l’expression linguistique ou, suivant la traduction canonique de “*speech act*”, l’acte de langage.

**144. Altérité et communauté.** - Le glissement de l’acte de penser dans l’acte de langage présente des avantages méthodologiques indéniables, les actes de langage étant, comme l’a abondamment remarqué Habermas, publiquement accessibles. Il implique également une forte réorientation quant au fond car si la pensée, envisagée indépendamment du langage, pouvait être conçue comme une activité solitaire ne devant à rien d’autre qu’à l’entendement du sujet, ce n’est pas vrai de la parole qui, elle, est un geste qui suppose un interlocuteur ou un public. La parole, mais donc aussi la pensée, ne peut s’instancier qu’en présence d’une altérité : le locuteur est toujours face à l’interlocuteur et devient, par cette présence *sine qua non*, interlocuteur lui aussi. Pour accréditer cette idée, Humboldt se livre, en linguiste, à l’analyse structurale de la grammaire des pronoms dans plusieurs langues. Elle résonne comme une objection au statut sans partage dont “Je” jouit dans la philosophie de la conscience : « C’est cet archétype de toutes les langues qu’exprime le pronom au moyen de la distinction entre la deuxième personne et la troisième. “Je” et “il” renvoient à des objets nettement différents qui épuisent pratiquement toute réalité puisqu’ils désignent en d’autres termes “je” et “non-je”. Mais “tu” est un “il” directement opposé au “je”. Si “je” et “il” reposent sur la perception interne et à la perception externe, dans le “tu” réside la spontanéité du choix »<sup>692</sup>.

Dans la philosophie de la conscience, Je est orphelin de Tu et de Il, sans lesquels il reste pourtant inconcevable. Ces deux pronoms sont des non-Je qui rendent possible le geste du « je ». Ils permettent jusqu’au « je pense » cartésien. Ainsi, « c’est en vertu des aspirations de la seule pensée que l’homme éprouve le besoin d’un “tu” qui corresponde au “je” »<sup>693</sup>. Je demande Tu, qui est un autre comme soi, *alter ego* à qui l’on reconnaît la maîtrise des compétences épistémiques nécessaires à la saisie des contenus conceptuels exprimés. Dans une formule résolument anti-cartésienne, Humboldt affirme, pour le sujet, que « le concept ne lui paraît pouvoir conquérir sa certitude et sa rigueur que par l’écho qu’une pensée

---

<sup>691</sup> D. Dennett, *La diversité des esprits. Une approche de la conscience*, trad. de l’anglais par A. Abensour, Hachette, coll. Sciences, 1998, p. 171.

<sup>692</sup> W. von Humboldt, « Le duel » (1827), in *Introduction à l’œuvre sur le kavi et autres essais*, trad. de l’allemand par P. Caussat, Seuil, coll. L’ordre philosophique, 1974, p. 123.

<sup>693</sup> *Ibid.*

étrangère lui renvoie »<sup>694</sup>. Comme le remarque Simone Goyard-Fabre à propos de l'œuvre de Francis Jacques, qui a opéré le même dépassement dans l'ordre de la tradition phénoménologique, « le propos met en question la tradition spéculative qui, jusques et y compris dans la phénoménologie husserlienne, a fait du *moi* le centre de gravité de la pensée et du langage. La critique du monologisme autarcique intente procès aux philosophies de la conscience : l'homme ne pense ni ne parle dans la solitude close d'une tour d'ivoire. Son aptitude à la parole montre que sa vie s'accomplit *avec les autres et, le plus souvent, pour eux* »<sup>695</sup>.

La formule exprime une profonde rupture avec la recherche des fondements de la certitude, contre l'éventualité d'une hallucination ou d'un rêve, dans l'expression d'un contenu conceptuel transcendantal ou dans le repli du *cogito*. Humboldt fait jouer cette fonction à l'échange que le langage permet avec un interlocuteur. « Pour que mon idée ne soit pas hallucination », commente Camille André, « il faut que celle-ci soit accessible à un autre que moi qui, par la réception de l'idée que je projette vers lui, atteste de sa réalité »<sup>696</sup>. Au moment d'un *Est-ce réel ?*, le *Tu vois ce que je vois ?* semble plus efficace que l'introspection paranoïaque du *cogito*. Le sujet pensant n'est pas clos sur lui-même, il est essentiellement ouvert à l'autre car il est, et de manière indissociable, sujet parlant. Le sujet coopère pour s'assurer qu'il pense ou perçoit convenablement, et il a besoin pour cela d'imputer à l'autre une capacité à penser et à percevoir globalement analogue à la sienne. Ainsi la reconnaissance des autres comme semblables lui ouvre l'espace public pour penser avec eux. Dans un style certainement trop anthropocentrique, cette capacité à socialiser les pensées constitue, selon Humboldt la spécificité de l'humain. « L'Homme n'est Homme que par le langage »<sup>697</sup> car « personne, en dehors de l'homme, *n'invite ses semblables à comprendre en pensant avec lui*, mais tout au plus les invite à agir en sentant avec lui »<sup>698</sup>.

L'important, ici, n'est pas de savoir s'il s'agit là du propre de l'homme, mais que la fonction communicationnelle du langage rétroagit sur sa fonction cognitive. L'échange linguistique, stimulant la pensée, lui fait prendre en retour les formes d'une activité *sociale* à

---

<sup>694</sup> *Ibid.* Sur ce thème, voir M. Buber, *Je et tu* (1923), trad. de l'allemand par G. Blanquis, préface de G. Bachelard, Aubier, coll. Philosophie, 2012.

<sup>695</sup> S. Goyard-Fabre, « Parle, dire, penser. Du dialogisme transcendantal à l'érotétique générale », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 54, n° 2, 2007, p. 243.

<sup>696</sup> C. André, « Au commencement était le duel. Une méthode humboldtienne », *Les études philosophiques*, vol. 113, n° 2, 2015, p. 210.

<sup>697</sup> W. von Humboldt, « Sur l'étude comparée des langues dans son rapport aux différentes époques du développement du langage » (1820), in *Sur le caractère national des langues et autres écrits sur le langage* (1822), trad. de l'allemand par D. Thouard, Seuil, coll. Point Essais, 2000, p. 85.

<sup>698</sup> W. von Humboldt, *Ueber Denken und Sprechen*, §7, cité et traduit par P. Bange, *La philosophie du langage...*, *op. cit.*, p. 21.

laquelle participent des interlocuteurs qui sont inclus dans ce que Karl Otto Apel<sup>699</sup>, John Swales<sup>700</sup> ou Stanley Fish<sup>701</sup> ont reconnu comme des *communautés de communication, communautés interprétatives, communautés de discours, communautés épistémiques* d'où vient le Nous, « unité épistémique et existentielle que le dialogue institue autant qu'il la révèle »<sup>702</sup>. Herder<sup>703</sup>, disciple de Hamann, et Humboldt<sup>704</sup> les apercevaient déjà dans la co-formation des nations et des langues nationales. Humboldt synthétise ainsi : « Le fait de parler, qu'on le considère dans sa relation intime et profonde avec la pensée ou dans sa relation extérieure et plus sensible avec la communauté des hommes qu'il fonde, présuppose toujours dans son essence que le locuteur distingue, face à lui, un allocutaire distinct de tous les autres. *La conversation repose sur ce concept et la fonction purement intellectuelle de l'activité de penser conduit aussi à cela.* La pensée ne parvient à être claire et définie que quand elle peut être regardée comme renvoyée par une force de pensée étrangère. Mais le clivage subjectif seulement idéal ne suffit pas, l'objectivité n'est accomplie que quand celui qui présente une pensée la voit réellement hors de lui, ce qui n'est possible que dans un autre être qui, comme lui, a des représentations et pense. Le langage, bien qu'il soit indispensable même pour penser dans la solitude la plus totale et bien qu'il soit dévidé dans le discours par chacun des locuteurs à partir de lui seul, ne peut naître cependant que dans une dualité et grâce à elle »<sup>705</sup>.

**145. Paradigme de la discussion.** - Cette séquence est décisive. La conversation vient d'être promue au titre de l'événement paradigmatique où s'instancie la recherche de la vérité et de la validité en général : « *Le dialogue mutuel* est vivant, c'est un véritable échange d'idées et de sensations qui est, pour ainsi dire, déjà en lui-même *le centre du langage*. Son essence ne

---

<sup>699</sup> K. O. Apel, *Sur le problème d'une fondation rationnelle de l'éthique à l'âge de la science. L'a priori de la communauté communicationnelle et les fondements de l'éthique* (1967), trad. de l'allemand par R. Lellouche et I. Mittmann, Presses Universitaires de Lille, 1987.

<sup>700</sup> J. Swales, « The concept of discourse community », in *Genre Analysis. English in Academic and Research Settings*, Cambridge University Press, 1990, pp. 21-32.

<sup>701</sup> S. Fish, *Quand lire c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives* (1982), Les Prairies ordinaires, 2007.

<sup>702</sup> N. Mouloud, « Dialogiques », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 86, n° 1, 1981, p. 109.

<sup>703</sup> « Chaque nation possède son propre dépôt de pensées ainsi devenues signes. Et ce dépôt c'est sa langue nationale [qui] ne cesse d'appartenir en propre à la nation qui le possède et qu'elle seule peut faire fructifier : le trésor de pensées de tout un peuple », J. G. Herder, « Sur la nouvelle littérature allemande. Fragments » (1766/67), trad. de l'allemand par M. Crépon, in P. Caussat, D. Adamski et M. Crépon, *La langue source de la nation. Messianismes séculiers en Europe centrale et orientale (du XVIIIe au XXe siècle)*, Mardaga, coll. Philosophie et langage, 1996, p. 84 ; « La comparaison philosophique des langues est incontestablement la meilleure étude que l'on puisse faire sur l'histoire et les divers caractères de l'intelligence et du cœur humains ; car toute la langue porte l'empreinte de la pensée et du caractère du peuple qui la parle », J. G. Herder, *Idées sur la philosophie de l'humanité* (1827), trad. de l'allemand par E. Quinet, Presses Pocket, coll. Agora, 1991, p. 155.

<sup>704</sup> « En pensant ensemble la nation et la langue, on reconnaît l'étroite imbrication d'un caractère originaire de la langue et d'un caractère reçu de la nation », W. von Humboldt, « Sur le caractère national des langues. Fragments » (1822), in W. von Humboldt, *Sur le caractère national...*, op. cit., p. 139.

<sup>705</sup> W. von Humboldt, *Über die Verwandtschaft der Ortsadverbien mit dem Pronomen in einigen Sprachen* (Sur la parenté des adverbes et de lieu avec le pronom dans quelques langues), in W. von Humboldt, *Über die Sprache*, UTB, 1994, p. 173, cité et traduit par P. Bange, *La philosophie du langage...*, op. cit., p. 180. Nous soulignons.

peut être pensée qu'en étant simultanément le son et l'écho, l'adresse et la réplique. À la fois dans ses origines et ses transformations, il appartient à *tous* et à *personne*. Il repose dans la profondeur de l'esprit solitaire et, pourtant, il n'apparaît qu'en *communauté*. L'adéquation du langage pour le genre du dialogue est, ainsi, la meilleure preuve de sa valeur »<sup>706</sup>. En commentaire à l'œuvre de Humboldt, Habermas remarque le saut paradigmatique qui vient d'être effectué : « Pour illustrer la production d'une unité, Kant s'était servi du modèle de la construction d'une série de nombre. Humboldt remplace ce concept constructiviste par la conception d'un accord établi sans violence dans la *conversation*. Le point de vue unificateur que le sujet producteur, au moyen de ses catégories et des formes de son intuition, importe dans le matériau sensible puis, au moyen du "je pense" de l'aperception transcendantale, dans le flux de ses propres expériences, est remplacé par la différence maintenue entre les points de vue à partir desquels les participants de la communication s'entendent sur une seule et même chose »<sup>707</sup>.

En installant la discussion au « centre du langage » et, par conséquent, au centre de la raison, Humboldt et le tournant discursif ouvrent des perspectives spectaculaires à l'épistémologie, devenue philosophie du langage. Le dialogue gagne à être préféré au monologue intérieur, non seulement parce qu'il est publiquement accessible, mais aussi parce qu'il est l'instance où s'émettent « l'adresse et la réplique » par lesquelles s'échangent, s'abandonnent ou se fortifient les convictions, où les participants se posent des questions et y répondent, où ils forment leurs accords et leurs désaccords, où ils se demandent des explications supplémentaires et apportent les précisions nécessaires à la compréhension mutuelle de la signification des énoncés exprimés. En somme, la discussion se révèle comme l'événement à l'occasion duquel s'anime le jeu argumentatif de donner et de demander des raisons au soutien d'affirmations. Dans cette perspective discursive, les propositions n'acquièrent leur validité qu'en fonction de leur capacité à former une entente sur leur contenu, à être acceptées par la communauté au sein de laquelle certains de ses membres les ont exprimées. Le paradigme de la discussion nous incite à concevoir la vérité et la validité en général d'une façon dynamique et pragmatique. Deviennent centrales les attitudes de prétention à la validité que les participants assument nécessairement lorsqu'ils expriment des contenus conceptuels, d'acceptation par défaut de propositions devenant dès lors des règles d'explication et d'action pour les membres de la communauté et qui sont, si elles sont émises dans des communautés idéalement ouvertes à la critique, toujours en attente d'être

---

<sup>706</sup> W. von Humboldt, *Gesammelte Schriften*, IV, Berh, 1936, p. 81, cité et commenté par Ch. Lafont, *The linguistic Turn...*, *op. cit.*, pp. 41-42. Nous soulignons.

<sup>707</sup> J. Habermas, *La pensée postmétaphysique...*, *op. cit.*, p. 201.

surpassées en tant qu'elles sont, en même temps, des défis lancés aux autres pour qu'elles le soient par d'autres propositions qui seront, le cas échéant, jugées plus satisfaisantes<sup>708</sup>.

**146. Dépassement du modèle sujet/objet.** - À ce stade, le dépassement paradigmatique du modèle empiriste sujet/objet au profit du modèle discursif sujet/sujet s'opère dans deux dimensions qu'il faut soigneusement distinguer. D'un côté, le modèle discursif entend rivaliser avec le modèle empiriste dans l'explication des impératifs méthodologiques propres aux sciences expérimentales, mais intègre en plus d'autres aspects de ces pratiques épistémiques qui, eux, échappaient à l'analyse empiriste. Elle rivalise avec le modèle empiriste dans la mesure où la structure de l'explication que suscite le modèle discursif peut, par exemple, assimiler le régime de preuves expérimentales propres aux sciences empiriques comme une condition générale d'adhésion, par les participants, aux propositions empiriques exprimées. Une démonstration probante par l'exécution d'une expérience empirique réitérable, dont les résultats et les conditions matérielles de son protocole expérimental sont rendus publics, est en principe attendue par la communauté scientifique comme une raison décisive à l'entente sur la validité d'une proposition empirique : « [la science] se définit comme production et reproduction des phénomènes dans l'expérimentation et l'observation, comme inférence formalisable (serait-ce partiellement) des énoncés, comme correspondance univoque des uns et des autres ; elle constitue ses résultats comme vérifiables et accessibles à tous ceux qui veulent se donner la peine de les étudier »<sup>709</sup>.

En outre, le modèle de la discussion permet d'intégrer dans une explication épistémologique les dimensions argumentatives, et plus largement sociales, ou encore éthiques du travail scientifique. Peut en effet être incluse au sein d'une philosophie des sciences la responsabilité épistémique que les scientifiques engagent lorsqu'ils communiquent des résultats à leurs pairs, *alter ego* avec lesquels ils ont établi une relation de confiance quant à la rigueur de leurs protocoles et, en général, à la crédibilité de leurs publications.

D'un autre côté, le paradigme discursif dépasse le paradigme empiriste au sens où son domaine d'application s'étend au-delà des sciences empiriques. Il peut s'appliquer avec succès dans les domaines pour lesquels le modèle empiriste, centré sur la relation empirique qu'opère le sujet sur l'objet, ne trouvait de prise que par l'hypostase d'objets idéels, qui, une fois remarqué leur inexistence factuelle, conduisait au rejet pur et simple de la possibilité du

---

<sup>708</sup> Sur le couple pragmatique d'acceptation par défaut et de mise au défi, voir R. Brandom, *Rendre explicite I. Raisonnement, représentation et engagement discursif* (1994), trad. de l'anglais par I. Thomas-Fogiel (dir.), Cerf, coll. Passages, 2010, p. 345.

<sup>709</sup> C. Castoriadis, « Épilégomènes à une théorie de l'âme que l'on a pu présenter comme science », in *Les carrefours du labyrinthe*, op. cit., p. 35.

savoir en question. Ainsi beaucoup de philosophes politiques, quoique chacun à leur façon, conçoivent l'activité politique comme une activité épistémique répondant à une procédure discursive lorsqu'elle prend sa forme démocratique ; la démocratie, dès lors, s'énonce clairement comme le *gouvernement par la discussion*, procédure d'enquête à laquelle participent les membres d'une même communauté politique<sup>710</sup>. Karl Otto Apel<sup>711</sup>, puis Jürgen Habermas<sup>712</sup>, appliquent ce modèle au domaine de l'éthique et de la morale, après avoir justement remarqué l'incapacité du modèle empirique à élucider le *modus operandi* de ces disciplines. Le modèle discursif a, semble-t-il, été massivement investi dans tous les secteurs de la philosophie pratique, mais très peu en théorie du droit. Pourtant, le paradigme sujet/sujet de la discussion satisfait si bien à l'étude de la pratique juridique qu'elle en deviendrait rapidement l'archétype, comme semble le défendre Chaïm Perelman à travers son œuvre<sup>713</sup>. Le juge ne décrit pas un objet, il exprime, dans la langue du droit, une décision de justice. Celle-ci intervient souvent à l'issue d'une discussion au sein d'une formation collégiale et, toujours, à l'issue d'un procès qui lui-même constitue une discussion dont la procédure a été étroitement déterminée. Comme l'affirme Benoît Frydman, « les décisions judiciaires s'insèrent dans un *processus institutionnalisé de discussion* qui les prépare en amont et les contrôle en aval. Le jugement est l'aboutissement d'un *procès* c'est-à-dire d'un débat en principe contradictoire, au cours duquel les parties ont pu échanger leurs arguments conformément aux règles de la procédure. Le juge statue sur les poursuites ou les demandes qui lui sont adressées en étant tenu de répondre, de façon motivée, aux moyens soulevés par les parties au cours de l'instance. Lorsque le siège est collégial, la décision est le fruit d'un délibéré, permettant de dégager un accord entre les juges ou, à tout le moins, une majorité

---

<sup>710</sup> Voir notamment J. Habermas, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes* (1992), trad. de l'allemand par C. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Gallimard, coll. NRF essais, 1997 : « La cohérence interne recherchée entre la souveraineté du peuple et les droits de l'homme réside donc dans le contenu normatif d'un mode d'exercice de l'autonomie politique, dont on ne peut encore savoir à travers la forme seule des lois universelles s'il est assuré, cela n'est à vrai dire discernable qu'à travers la forme communicationnelle qui est celle des discussions concourant à la formation de la volonté et de l'opinion. Cette cohérence demeure inaccessible tant à Kant qu'à Rousseau. [...] Aucune des deux conceptions [celle de Kant et celle de Rousseau] ne perçoit la force de légitimation résidant dans des discussions qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles les forces d'obligations illocutoires qui sont à l'œuvre dans l'usage du langage orienté vers l'intercompréhension peuvent être mises à profit pour réunir volonté et raison – et pour parvenir à des convictions sur lesquelles tous les individus peuvent s'accorder sans contrainte », pp. 118-119 ; J. Rawls, *Théorie de la justice* (1971), trad. de l'anglais par C. Audard, Seuil, coll. Points Essais, 2009 ; B. Ackerman, « Why Dialogue », *Journal of Philosophy*, vol. 86, 1989, où l'auteur affirme qu'« un citoyen responsable ne peut pas [...] se couper du dialogue politique », p. 6 ; J. Cohen et J. Rogers (dir.), *On Democracy*, Penguin, 1983 ; R. Dworkin, *Is Democracy Possible Here ? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006. Voir également la quatrième partie, intitulée « Raisonement public et démocratie » de l'ouvrage d'Amartya Sen, *L'idée de justice* (2009), trad. de l'anglais de P. Chemla, Flammarion, 2010, pp. 383-491.

<sup>711</sup> K. O. Apel, *Sur le problème d'une fondation rationnelle...*, op. cit. ; K. O. Apel, *Discussion et responsabilité* (1988), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme, M. Charrière et R. Rochlitz, Cerf, coll. Passages, 1996.

<sup>712</sup> J. Habermas, *Morale et communication* (1983), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme, Champs, coll. Essais, 1999.

<sup>713</sup> Voir notamment Ch. Perelman, *Logique juridique*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1990.

quant à la décision à prendre. Cette décision est elle-même normalement susceptible d'être remise en cause par l'exercice des voies de *recours* notamment l'appel et le pourvoi en cassation, qui ouvrent de nouvelles discussions sur les mérites de la décision attaquée »<sup>714</sup>.

Quant à la recherche en droit, le retournement de son explication épistémologique a besoin d'une étape, d'un coup supplémentaire. Contre la théorie de la science du droit, il s'agit de faire valoir l'idée que l'activité de la recherche en droit peut être analysée par le moyen du modèle sujet/sujet, celui de la discussion. Il n'est pas seulement question d'affirmer que la relation discursive que les chercheurs en droit entretiennent entre eux devrait s'ajouter, dans l'analyse épistémologique, à une relation de type empirique entre le chercheur-sujet et le droit-objet. C'est cette relation-là, celle que les chercheurs en droit entretiennent avec le droit et ses praticiens, qui doit pouvoir s'analyser comme une discussion. Dans cette perspective, à laquelle on accède par le tournant herméneutique de Gadamer, le modèle de la discussion ne vient pas dépasser le modèle de la représentation. Il le remplace intégralement.

### Section 3 : Hans-Georg Gadamer et le tournant herméneutique

**147. Héritage des tournants linguistique et discursif.** - Le tournant herméneutique, avec Hans-Georg Gadamer (1900-2002), poursuit et conclut la transformation philosophique dont nous avons besoin pour dépasser l'idéal scientifique que nourrit l'épistémologie juridique contemporaine. L'effort théorique de Gadamer assimile les acquis des précédents tournants et donne une ampleur philosophique à la tradition herméneutique, jusque-là conçue comme art, puis méthode d'interprétation des textes<sup>715</sup>. Gadamer reprend l'idée d'une impossibilité fondamentale de s'extraire du langage et considère celui-ci, en lieu et place de la conscience, comme l'endroit de la raison. Contre la conception du langage comme instrument dont il est fait usage *a posteriori* de l'activité connaissante, il octroie au langage le statut transcendantal dont jouissaient l'espace et le temps dans le schématisme kantien : « Les mots que nous utilisons en parlant nous sont au contraire si familiers que nous habitons pour ainsi dire dans les mots eux-mêmes. Ils ne deviennent pas des objets. Dans l'usage linguistique, on n'a pas du tout affaire à l'usage de quelque chose. Nous vivons dans la langue comme dans un élément, comme les poissons dans l'eau »<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3<sup>e</sup> édition Bruylant, coll. Penser le droit, 2011, pp. 671-672.

<sup>715</sup> Pour une histoire synthétique de la théorie herméneutique dans la perspective du dépassement de l'art et la technique de l'interprétation vers une conception philosophique des sciences humaines, voir J. Grondin, *L'herméneutique*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2017.

<sup>716</sup> H.-G. Gadamer, *La philosophie herméneutique*, trad. de l'allemand par J. Grondin, PUF, coll. Epiméthée, 1996, p. 38.

Il suivra par conséquent Hamann, qui considérait comme illusoire le projet de faire table rase des préjugés et des traditions, en ajoutant malicieusement qu'en définitive l'*Aufklärung* semblerait être le fruit d'un redoutable, car impensé, « préjugé contre les préjugés »<sup>717</sup>. Du tournant discursif, il reprendra l'idée selon laquelle « le langage n'a son être véritable que dans le dialogue, c'est-à-dire dans la mise en œuvre de l'entente »<sup>718</sup>.

**148. L'herméneutique en résistance à l'esprit scientifique.** - En s'ajoutant au déplacement de la raison depuis la conscience vers le langage, la thèse fait émerger, dans l'espace philosophique de la conceptualisation de l'activité de la raison, le modèle discursif de la conversation, fondé sur la relation sujet/sujet, comme concurrent au modèle empirique de l'observation, fondé sur la relation sujet/objet. La visée de l'entente entre sujets vient disputer à l'objectif de correspondance entre la représentation et l'objet le statut d'idéal de la connaissance. Dans la manière dont le modèle expressif de la discussion et de l'entente prétend dépasser le modèle spéculaire de l'observation et de la représentation, nous avons vu deux cas de figure se présenter. Dans le premier cas, le modèle de la discussion satisfait aux pratiques épistémiques pour lesquelles le modèle de l'observation s'applique également : les scientifiques discutent et s'entendent au sujet des représentations qu'ils forment des objets qu'ils observent. Dans le second cas, le modèle de la discussion s'applique aux pratiques discursives pour lesquelles le modèle de l'observation ne s'applique pas, sinon par le truchement d'hypostases grossières. Il en est ainsi de l'éthique, en tant qu'elle est, de façon emblématique, un savoir non-empirique : « Le savoir moral, tel que le décrit Aristote, n'est pas, de toute évidence, un savoir d'objet : celui qui sait n'est pas confronté à un état de choses qu'il ne ferait que constater »<sup>719</sup>.

Dans *Vérité et méthode*, Gadamer présente sa philosophie herméneutique comme une contribution « à la résistance [...] opposée à la prétention à l'universalité élevée par la méthodologie scientifique »<sup>720</sup>, c'est-à-dire à sa thèse fondamentale : la seule connaissance valable est la connaissance scientifique. L'empire de la science colonise toutes les régions de la connaissance jusqu'à ce que la circonscription du modèle empirique délimite en même temps le domaine de la raison en général. L'idéal scientifique invite donc soit à soumettre les disciplines qui lui sont résistantes en programmant, par exemple, que l'éthique doit muter en l'étude de faits moraux observables, soit à expulser ces disciplines hors du champ de la connaissance en considérant l'éthique comme instance d'expression de préférences subjectives ou de sentiments irrationnels ne pouvant par définition prétendre à aucune

---

<sup>717</sup> Sur la « dépréciation du préjugé dans l'*Aufklärung* » et la réhabilitation de la possibilité de « préjugés légitimes », voir H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (1960), trad. de l'allemand par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1996, pp. 292-312.

<sup>718</sup> *Ibid.*, p. 486.

<sup>719</sup> *Ibid.*, p. 336.

<sup>720</sup> *Ibid.*, p. 11.

généralité : « Il y aura tout à coup des analyses méthodiques, mathématiques et statistiques de la politique, de l'économie, auxquelles nous sommes si habitués, mais bientôt aussi de la littérature et de l'histoire. Tout le reste relève de l'esthétique ou n'est qu'une question de goût, assure-t-on en un sens qui ne reconnaît plus aucune portée scientifique crédible au jugement de goût »<sup>721</sup>.

**149. Autonomie de la légitimité philosophique des « sciences humaines ».** - Contre l'universalisme de l'esprit scientifique, Gadamer tient à faire accepter l'idée que des prétentions à la connaissance peuvent conserver une légitimité philosophique sans avoir à mimer les sciences de la nature. Contre les velléités hégémoniques de l'esprit scientifique, Gadamer entend préserver l'existence irréductible de savoirs non-scientifiques. Dans ce cas, nous accorderions à juste titre de la valeur à des contenus sémantiques bien qu'ils ne doivent rien au respect d'une méthode d'observation et qu'ils restent, par conséquent, indétectables au radar de l'empirisme logique. L'examen de ce qu'il nomme l'expérience herméneutique consiste donc à « discerner, partout où elle se rencontre, l'expérience de vérité qui dépasse le domaine soumis au contrôle de la méthode scientifique et de l'interroger sur sa légitimation spécifique »<sup>722</sup>. Selon Gadamer, cette expérience de vérité se réalise dans les disciplines qui sont considérées comme des *Geisteswissenschaften*, traduit en « sciences de l'esprit » : l'histoire, la sociologie, l'étude de l'art, la théologie, *etc.* Elles ont trait à l'humain et à ce qu'il fait en tant que tel, sa vie, son œuvre. Ce sont les disciplines que Dilthey a justement isolées comme appartenant au domaine de la compréhension plutôt que de l'explication<sup>723</sup>. Nous avons pris pour habitude de les appeler « sciences humaines » au nom d'une analogie appauvrie avec des sciences de la nature dont on aurait, par indulgence, affaibli l'exactitude qu'on exigerait d'elles : *sciences dures, sciences molles*. Suivant l'impératif de scientificité, leur légitimité épistémologique est proportionnelle à leur capacité à ressembler aux sciences de la nature. Gadamer regrette justement l'abandon progressif de ces disciplines à l'exactitude du mesurable et à la certitude de la méthode car, alors, ce à quoi « on renonce de la sorte est précisément ce en quoi et ce dont vivaient les études de philologie et d'histoire, cela seul qui aurait pu leur donner la pleine compréhension d'elles-mêmes quand elles ont voulu, sous le nom de "sciences de l'esprit", se fonder en méthode comme les sciences de la nature »<sup>724</sup>.

**150. Compréhension et discussion.** - Pour Gadamer, ces disciplines vivent d'*expériences herméneutiques*, c'est-à-dire de la rencontre de leurs savants avec ce qui exprime déjà du sens, c'est-à-dire avec des textes ou, de façon plus générale, avec des œuvres. À chaque fois, ils se confrontent au contenu conceptuel qu'un autre a exprimé. Sauf exceptions

<sup>721</sup> J. Grondin, *Introduction à Hans-Georg Gadamer*, Cerf, coll. La nuit surveillée, 1999, p. 50.

<sup>722</sup> *Ibid.*, pp. 11-12.

<sup>723</sup> W. Dilthey, *Critique de la raison historique. Introduction aux sciences de l'esprit*, trad. par Sylvie Mesure, Cerf, 1992.

<sup>724</sup> H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode...*, *op. cit.*, pp. 57-58.

peu notables, ce sens constitue ce qu'un auteur a jugé si digne d'intérêt qu'il l'a communiqué, souvent par écrit et publication. Celui-là, sans doute, ne demande qu'à être compris par l'autre ; il cherche de ses lecteurs les plus avisés une *adhésion* sur ce qu'il dit. Selon Gadamer, le « miracle de la compréhension »<sup>725</sup> survient précisément lorsque cette adhésion réussit. Dans ce cas, l'interprète fait *communauté* avec l'auteur, comme parfois celui-ci le réclame explicitement par l'usage d'un "nous" académique : ils saisissent ensemble ("compréhension", *saisir avec*) un contenu conceptuel, un sens qui leur devient commun (*sensus communis*<sup>726</sup>, sans péjoration). Pour Gadamer, comprendre un texte demande à chaque fois de se mettre dans la situation où l'on peut saisir son contenu en s'accordant avec lui sur ce qu'il dit, comme les musiciens s'accordent pour jouer en concert : « La tâche de toute herméneutique est d'accéder par la compréhension à une *entente* sur le contenu »<sup>727</sup>.

Gadamer condamne l'esprit scientifique qui sévit dans les « sciences de l'esprit » parce qu'il constate « l'insuffisance des concepts de sujet et d'objet »<sup>728</sup> à nous faire saisir l'entente comme visée de l'expérience herméneutique, et les efforts spécifiques que l'interprète doit fournir à cette fin. Le schéma sujet-objet, lorsqu'il est appliqué à l'expérience herméneutique, réclame une prise de distance objectivante entre le texte et l'interprète, tandis qu'une compréhension réussie suscite au contraire une proximité entre eux. Il suggère que l'interprète fasse abstraction de son historicité alors même que l'expérience herméneutique est un événement qui se produit au sein du langage, lequel engage les situations socio-historiques particulières de l'interprète et du texte. L'expérience herméneutique témoigne de leur appartenance à une tradition commune. La perspective scientifique suppose une mise à l'écart de ses préjugés alors que cette opération ne peut qu'être factice : s'il veut comprendre le texte, l'interprète doit au contraire les impliquer, à la fois en mobilisant ce qu'il sait déjà à propos de ce dont le texte parle et pour savoir les remettre en cause le cas échéant. L'interprétation d'un texte, d'une œuvre ou de ce qui est exprimé en général n'a, dans cette perspective, plus rien d'analogue à l'observation de la chute d'un corps dont on mesurerait la vitesse. Pour Gadamer, forcer cette analogie occulte le fait que chaque texte transmis « ne cesse de communiquer une vérité à laquelle il importe de participer »<sup>729</sup>. En bref, Gadamer, contre le dualisme sujet/objet, soutient la thèse selon laquelle la pratique quotidienne des disciplines nourries d'expériences herméneutiques doit être comprise sous le modèle sujet/sujet de la discussion : « Que le travail herméneutique se conçoive comme une entrée

---

<sup>725</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>726</sup> Pour cette conception littérale de « sens commun », *ibid.*, pp. 35-47.

<sup>727</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>728</sup> H.-G. Gadamer, *La philosophie herméneutique*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>729</sup> H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode...*, *op. cit.*, p. 13.

en dialogue avec le texte, c'est là [...] plus qu'une simple métaphore ; c'est le rappel de sa situation originelle »<sup>730</sup>.

**151. La chose elle-même.** - Dans cette mesure, l'expérience herméneutique n'est, comme une conversation, ni subjective, ni objective, termes exclusifs d'une alternative entre lesquels l'esprit scientifique, par le jeu de la dichotomie sujet/objet, n'a de cesse de réduire les questions de sens. Dans une perspective herméneutique, elle ouvre un dialogue entre le texte et l'interprète sur ce qu'ils ont en commun, ce que Gadamer appelle la « chose elle-même »<sup>731</sup>. C'est à son propos qu'une entente est susceptible de se réaliser : « L'entente est [...] toujours une entente "sur" quelque chose »<sup>732</sup>.

Au moment de l'expérience herméneutique, cette chose s'installe entre le texte et l'interprète. Quand il s'agit, par exemple, d'interpréter la formule de Winston Churchill, « la démocratie est le pire des régimes à l'exception de tous les autres », ce n'est ni de Churchill, ni du texte en tant que texte, ni de son contexte, mais bien de la chose elle-même dont il est question, à savoir la démocratie. L'interprète, lui aussi, s'il veut vraiment comprendre le texte, s'intéresse de façon principale à ce dont parle le texte, la démocratie. Il s'ensuit que le texte et l'interprète, lorsque celui-ci rend explicite sa compréhension du texte par l'expression de son interprétation, *parlent de la même chose*.

**152. Cercle herméneutique.** - Le cercle vicieux de la dichotomie sujet/objet est supplanté par celui, vertueux et créateur de sens, du « cercle herméneutique »<sup>733</sup> dont la logique tend, par la coopération entre le texte et l'interprète, à l'élucidation de la chose elle-même. L'interprète vient au texte avec ses conceptions sur elle : il croit peut-être déjà beaucoup en savoir sur la démocratie lorsqu'il accède, pour la première fois, à l'énoncé de Churchill. À ce moment, il en a une compréhension préalable et immédiate. Une étude approfondie du texte ébranle ou conforte ce qu'il sait de la chose, aussi bien qu'en retour ce qu'il en sait va pouvoir aider sa compréhension, de façon à ce que ce que l'interprète peut venir au soutien et en complément de ce que le texte lui dit. De l'échange argumentatif qui s'opère ainsi entre lui et le texte à propos de la chose, il en résulte une interprétation qui exprime à la fois plus que le texte – sans quoi elle serait une répétition – et plus que ce que l'interprète pouvait dire de la chose avant l'expérience herméneutique – sans quoi elle ne serait pas une interprétation.

**153. Prendre le texte au sérieux dans sa prétention à la vérité.** - Selon Gadamer, l'expérience herméneutique peut réussir si l'interprète reconnaît la centralité de la chose et

---

<sup>730</sup> *Ibid.*, p. 391.

<sup>731</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>733</sup> H.-G. Gadamer, « Le cercle de la compréhension », in *La philosophie herméneutique*, op. cit., pp. 73-83.

son compagnonnage avec le texte. Comme il en est dans une discussion, la chose disparaît et les interlocuteurs cessent toute coopération argumentative lorsque l'expérience herméneutique périclité en querelle d'ego. Alors Churchill, affirmant que « la démocratie est le pire des régimes à l'exception de tous les autres », ne ferait que basse œuvre de démagogie ; il légitimerait son pouvoir par une plaisanterie sinistre, grammaticalement absurde. Considérant l'interprétation dans une perspective argumentative, nous voyons qu'elle prend ici la forme d'un sophisme, l'attaque *ad hominem* : l'interprète se détourne de la chose et se retourne contre l'auteur, ainsi chosifié. L'énoncé repeint en odieuse plaisanterie, ce qu'il dit est ridiculisé et ignoré. Accusé de non-sens, il n'est pas « pris au sérieux dans sa prétention à la vérité »<sup>734</sup>.

L'ego se manifeste encore lorsque l'interprète se croit au-dessus de la chose ou de la prétention à la vérité du texte. Il prétend alors se situer sur un plan duquel il ne parlerait du texte qu'en tant que texte ou d'un complexe auteur, texte, contexte, c'est-à-dire d'à peu près tout sauf de la chose dont il est question. Croit-il ainsi manifester le détachement nécessaire à l'investigation scientifique ? Un complexe de supériorité révèle, on le sait depuis Adler, un sentiment d'infériorité<sup>735</sup>. Ainsi s'affirme-t-il parfois au-dessus de tout intérêt pour la chose en arguant qu'elle est inconnaissable par principe, qu'elle n'est autre que chimère. Des traditions millénaires sont là brutalement travesties en lubies superstitieuses. Nous pouvons observer cette prétention dans le domaine juridique lorsqu'un chercheur en droit affirme que « les droits n'existent pas », que « la justice est une idée creuse ». Cette déclaration de domination dissimule, dans ce cas, une ignorance elle-même ignorée puisqu'elle est imputée à la nature des choses : du domaine des valeurs qui seraient celui des passions, la démocratie, la justice, la responsabilité pour autrui, *etc.*, ne deviennent le moyen d'aucune connaissance. L'auteur prétendait-il à la vérité sur cette chose ? L'interprète pourra affirmer, parodiant l'ascèse austère que le mythe du scientifique évoque dans la culture populaire, que la démocratie ou la justice lui est au fond parfaitement égale : seule compte la détermination, sans préjugé, de la signification *objective* du texte. Dans ce cas, l'interprète croit s'être extrait, par renoncement méthodique, de la tradition à laquelle il appartient pourtant et dissimule, à lui-même et aux autres, ce pour quoi il est venu au texte et ce avec quoi il y vient. De la démocratie dont il est inévitablement question, l'interprète nie qu'elle lui importe et que, dans

---

<sup>734</sup> H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode...*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>735</sup> « La tendance à la supériorité rejette l'individu loin de la zone de danger, aussitôt qu'il est menacé d'une défaite par son manque de sentiment social, ce qui se manifeste par une lâcheté plus ou moins apparente. La recherche de la supériorité s'extériorise aussi par le fait qu'elle retient l'individu sur une ligne de retraite devant le problème social ou qu'elle lui impose de le contourner », A. Adler, *Le sens de la vie. Étude de psychologie individuelle* (1933), trad. de l'allemand par H. Schaffer, Payot, coll. Petite bibliothèque, 2002, p. 66. Pourtant, « Seuls les échecs plus grands exigent une réflexion plus profonde, réflexion qui ne se montre fertile que chez des gens qui collaborent à la solution humaine des problèmes de la vie et qui ne poursuivent aucun but de supériorité personnelle », *ibid.*, p. 21. « Toujours, en effet, un état de supériorité personnelle se trouve en contradiction avec la collaboration », *ibid.*, p. 67.

le travail de son interprétation, il participe avec le texte à l'actualisation de ce qu'elle signifie. Dans cette attitude apparemment dominatrice, soit l'interprète, acclimaté à la température de la surface, renonce à se saisir de la chose elle-même. Entre lui et le texte, l'entente devient alors impossible : ils se croiseront sans se rencontrer. Soit il parlera de la chose, mais en restant dominé par les préjugés dont il pense pouvoir se débarrasser par décret. Voulant toiser son objet comme les sciences de la nature dominant la nature, il laisse ses préjugés les plus grossiers le dominer en pensant les avoir évacués : « Quiconque croit être sans préjugé en s'appuyant sur l'objectivité de ses méthodes et en niant qu'il est historiquement conditionné, subit comme une *vis a tergo* la puissance des préjugés, qui le dominant en échappant à son contrôle. Quiconque ne veut pas reconnaître les jugements qui le dominant, se trompera sur ce qui se révèle à leur lumière. Il en est ici comme dans le rapport du je et du tu. Quiconque se dégage par la réflexion de la réciprocité de cette relation modifie celle-ci et en détruit l'autorité morale. C'est précisément ainsi que quiconque se dégage par la réflexion du rapport vivant à la tradition en détruit le sens véritable »<sup>736</sup>.

**154. Questions et réponses.** - Si l'interprète prend au sérieux ce que dit le texte, comme on le fait lors d'une discussion sérieuse et honnête, il le comprendra plutôt comme une réponse à une question : « L'interprétation est, tout comme la conversation, un cercle qui se boucle dans la dialectique de la question et de la réponse »<sup>737</sup>. La question pourrait passer comme le commencement d'une expérience herméneutique : « Le fait qu'un texte transmis devienne objet d'interprétation veut déjà dire qu'il pose une question à l'interprète »<sup>738</sup>. « On ne fait pas d'expérience », qu'elle soit d'ailleurs empirique, herméneutique ou mystique, « si on ne se met pas à questionner »<sup>739</sup>. Pourtant, l'effort de l'interprète doit être exercé autant sur la saisie de la question que sur la compréhension de la réponse. Car la bonne question est, pour Gadamer, celle qui ouvre la possibilité de plusieurs réponses, sans qu'elle soit si évanescence qu'elle ne dresserait aucune limite aux réponses. Elle ouvre des possibilités de réponses alternatives : « l'ouverture inscrite dans l'essence de l'expérience est précisément, du point de vue logique, celle du "comme ceci ou comme cela". »<sup>740</sup>

La question doit être posée d'une telle façon que le "ceci" que le texte affirme puisse être en concurrence avec un "cela" qu'il faut savoir envisager : « On ne comprend le texte dans le sens qui est le sien qu'en acquérant l'horizon d'interrogation qui, comme tel, comporte nécessairement la possibilité d'autres réponses »<sup>741</sup>. Si la réponse apportée par le texte est vue comme la seule réponse possible ou sans autre réponse déterminable, ou si elle est

---

<sup>736</sup> H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode...*, op. cit., pp. 383-384.

<sup>737</sup> *Ibid.*, p. 411.

<sup>738</sup> *Ibid.*, p. 393.

<sup>739</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>740</sup> *Ibid.*

<sup>741</sup> *Ibid.*, p. 393.

contestée sans même avoir été envisagée comme une réponse possible, l'échange argumentatif, c'est-à-dire la discussion, n'est plus qu'un simulacre sans intérêt. Et c'est bien dans l'authentique « échange mutuel de questions et réponses », thème que l'on retrouve déjà chez Platon, que nous nous offrons l'opportunité de parfaire nos jugements sur la chose. C'est une conception que l'on retrouve jusque chez Foucault, qui distingue la discussion de la polémique, stérile dans son principe puisque le polémiste, accroché à ses convictions, écoute son adversaire dans la seule perspective de le décrédibiliser et d'exposer des vues, toujours les mêmes, inlassablement reformulées à l'identique : « Dans le jeu sérieux des questions et des réponses, dans le travail d'élucidation réciproque, les droits de chacun sont en quelque sorte immanents à la discussion. Ils ne relèvent que de la situation de dialogue. Celui qui questionne ne fait qu'user du droit qui lui est donné : n'être pas convaincu, percevoir une contradiction, avoir besoin d'une information supplémentaire, faire valoir des postulats différents, relever une faute de raisonnement. Quant à celui qui répond, il ne dispose non plus d'aucun droit excédentaire par rapport à la discussion elle-même ; il est lié, par la logique de son propre discours, à ce qu'il a dit précédemment et, par l'acceptation du dialogue, à l'interrogation de l'autre. Questions et réponses relèvent d'un jeu – d'un jeu à la fois plaisant et difficile – où chacun des deux partenaires s'applique à n'user que des droits qui lui sont donnés par l'autre, et par la forme acceptée »<sup>742</sup>. C'est une telle ouverture à la discussion et à l'échange non simulé des idées que Kant, magnifique de lucidité et de sincérité, regrettera d'avoir quittée vers la fin de sa vie : « Il me semble cependant d'une manière générale, alors que les années s'accumulent, que dans le domaine purement spéculatif je ne parviens pas à utiliser la pensée d'autrui et dois me fier à ma propre démarche de pensée qui, au fil des années, s'est habituée à suivre une certaine ornière »<sup>743</sup>.

**155. Interprétation et application.** - Si l'interprète s'intéresse au texte et à ce qu'il lui dit, c'est parce qu'il envisage que le texte est susceptible de fournir une réponse à la question qu'il se pose dans sa situation herméneutique. Dans ces conditions, ce n'est pas tant l'interprète qui va dans le passé que le texte qui vient au présent. Ainsi, ce que dit un texte est transmis au sens où il est transposé au présent ; il est *actualisé*. Nous disons d'auteurs qu'ils sont actuels car ce qu'ils ont dit à leur époque s'applique toujours à présent ; les autres sont oubliés. Quand une étude affirme la « présence de Gaston Bachelard »<sup>744</sup>, elle suggère que *La formation de l'esprit scientifique* doit continuer à être pris au sérieux et que des obstacles épistémologiques entravent toujours les pratiques épistémiques. De la même façon, nous ne

---

<sup>742</sup> M. Foucault, « Polémique, politique et problématisations » (1984), in *Dits et écrits. 1976-1988*, t. 2, Gallimard, coll. Quarto, 2001, p. 1410.

<sup>743</sup> E. Kant, *Correspondances*, trad. de l'allemand par N. Aumonier, M.-Ch. Challiol, M. Halimi, M. de Launay, M. Marcuzzi et V. Séroussi, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 1991, pp. 447-448.

<sup>744</sup> Ch. Atias et J.-L. Le Moigne (dir.), *Présence de Gaston Bachelard. Epistémologie pour une anthropologie complète*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, coll. Cheminements interdisciplinaires, 1988.

jugerions pas Marx « *actuel* »<sup>745</sup> si le capitalisme n'avait cessé d'être problématique pour quiconque. Montesquieu serait, lui aussi, *dépassé* si le spectre de la tyrannie s'était définitivement évanoui, ou si la séparation des pouvoirs s'était révélée inefficace pour nous en préserver. Et pourquoi nous donnerions-nous la peine de faire parler Gadamer si l'esprit scientifique ne manifestait pas, aujourd'hui encore, son emprise sur la discipline juridique ? C'est bien qu'il « se produit toujours au sein de la compréhension quelque chose comme une application du texte à la situation de l'interprète »<sup>746</sup>. Cette idée conduit Gadamer à rapprocher étroitement les disciplines herméneutiques de la raison pratique d'Aristote, et à les ranger du côté de la *phronesis* (la prudence ou la sagacité) plutôt que de l'*épistémè* : « L'analyse du savoir moral par Aristote peut être mise en relation avec le problème herméneutique des sciences modernes de l'esprit. Sans doute ne s'agit-il, dans la conscience herméneutique, ni d'un savoir technique, ni d'un savoir moral ; et pourtant ces deux modalités du savoir contiennent bien *la même tâche d'application*, dans laquelle nous avons reconnu le cœur des problèmes que pose l'herméneutique »<sup>747</sup>.

Par cette tâche d'application, l'expérience herméneutique peut alors réaliser ce que Gadamer appelle une « fusion des horizons »<sup>748</sup> : l'horizon historique et épistémique du texte s'intègre à celui du lecteur par l'application qu'il en fait dans sa situation herméneutique<sup>749</sup>. L'historicité de l'expérience herméneutique est comprise dans ce que dit l'interprète avec le texte : « Quiconque lit un texte est lui-même intégré au sens appréhendé. Il appartient lui-même au texte qu'il comprend »<sup>750</sup>. En reconnaissant sa propre historicité et l'intérêt pratique qu'il témoigne à l'égard de la chose dont il est question, il admet que son interprétation ne peut déterminer une fois pour toutes quelque signification objective du texte : « Le lecteur peut et, bien plus, doit s'avouer à lui-même que les générations à venir comprendront différemment ce qu'il a lu dans le texte »<sup>751</sup>. Voilà pourquoi « comprendre, en vérité, ce n'est pas comprendre mieux, ni au sens où l'on aurait un savoir meilleur de la chose grâce à des concepts plus clairs, ni au sens de la supériorité fondamentale que le conscient aurait par rapport au caractère inconscient de la production. Il suffit de dire que, *dès que l'on comprend, on comprend autrement* »<sup>752</sup>. L'interprète ne détermine pas la signification du texte une fois

---

<sup>745</sup> Selon le titre de la revue *Actuel Marx*, fondée en 1986 par Jacques Bidet et Jacques Tessier.

<sup>746</sup> H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode...*, *op. cit.*, p. 330.

<sup>747</sup> *Ibid.*, p. 336.

<sup>748</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>749</sup> « La compréhension consiste au contraire dans le processus de fusion de ces horizons soi-disant indépendants l'un de l'autre », *ibid.*, p. 328. Sur ce concept, voir J. Grondin, « La fusion des horizons. La version gadamérienne de l'*adæquatio rei et intellectus* ? », *Archives de Philosophie*, t. 68, n° 3, 2005, pp. 401-418.

<sup>750</sup> H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode...*, *op. cit.*, p. 362.

<sup>751</sup> *Ibid.*

<sup>752</sup> *Ibid.*, p. 318.

pour toutes, mais participe à « l'histoire de l'action »<sup>753</sup> de la chose en actualisant la prétention à la vérité du texte à son propos.

L'intérêt d'une expérience herméneutique est affaibli par son assimilation à l'expérience empirique. C'est dire, dans les termes du dualisme matière/esprit, que la rencontre entre esprits dans le langage ne peut être appréhendée par le modèle objet/sujet qui structure la problématique de la connexion entre la matière et l'esprit par les sens et les facultés de l'entendement. En appliquant le modèle de la discussion à l'expérience herméneutique, Gadamer montre que le miracle de la compréhension, survenant lorsque le texte et l'interprète *pensent ensemble*, « n'est pas communion mystérieuse des âmes mais participation à une signification commune »<sup>754</sup>. Dans le même mouvement, il remet en cause la distinction qui s'était installée comme une évidence entre les disciplines interprétatives et leurs prétendus objets. Dans une formule capitale pour l'historiographie, Gadamer affirme que « toute herméneutique historique doit commencer par *abolir l'opposition abstraite entre tradition et science historique* (Histoire), *entre l'histoire* (Geschichte) *et le savoir de l'histoire* »<sup>755</sup>. La formule et son potentiel analogique sont proprement sidérants. Pour la recherche en droit, elle revient en ceci : toute herméneutique juridique doit commencer par abolir l'opposition abstraite entre le droit et la science du droit, et ainsi rétablir l'unité du droit et de la recherche en droit.

---

<sup>753</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>754</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>755</sup> *Ibid.*, p. 304.

## Chapitre 5

### Engagement herméneutique et prétention à la scientificité

**156. Une opposition fondamentale.** - Une alternative s'ouvre pour l'épistémologie juridique. Nous pouvons n'accorder de valeur qu'à la connaissance scientifique et réclamer son accomplissement définitif contre la confusion entre la connaissance et son objet. Comme la chimie a su dépasser l'alchimie par la disjonction de la matière et de l'esprit, nous devrions, pour accomplir la science du droit, garantir l'objectivité du type de connaissance qu'elle instaure en dénonçant toute projection du sujet individuel et de sa culture dans l'étude du droit. Les positions hostiles à cette démarcation se révéleront alors métaphysiques, pré-scientifiques, perméables aux mythes – idéologies, droit naturel – comme aux inclinaisons personnelles et aux passions. Contre cette idée, l'objection herméneutique insiste : l'interprète de textes juridiques s'engage irréductiblement dans la discussion juridique, en dépit de toute précaution méthodologique. La suspicion change de camp : ce sont les prétentions à la scientificité qui en feront les frais. Convaincus de leur supériorité méthodologique, leurs auteurs – et ceux qui les croient – seraient victimes d'une dichotomie abstraite, véhiculée par l'illusion d'une science du droit idéalisée. Elle serait une idéologie, et la croyance en l'efficacité d'une quelconque méthode pour garantir l'objectivité et la neutralité axiologique une superstition, un mythe. Leurs prétentions à la scientificité auraient pour effet d'occulter leur engagement dans la résolution de problèmes juridiques controversés. En annonçant qu'il s'agit *seulement* de décrire le droit « tel qu'il est » ou de prédire « tel qu'il le sera », ces déclarations méthodologiques maquillent l'expression de propositions sur la façon dont le juge *doit* traiter les cas, indice décisif d'une participation à une discussion entre juristes, *en droit*.

**157. Science et herméneutique, points de vue externe et interne.** - Bien conçue, l'opposition hartienne entre points de vue « externe » et « interne »<sup>756</sup> exprime bien

---

<sup>756</sup> « Le fait qu'un groupe social possède certaines règles de conduite permet de poser de nombreux types d'assertions différents, quoique étroitement apparentés ; il est en effet possible de considérer les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèles de conduite. Nous pouvons qualifier respectivement ces deux points de vue d'"externe" et d'"interne" », H. L. A. Hart, *Le Concept de droit* (1961), 2<sup>e</sup> édition augmentée trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 108. Sur la distinction entre point de vue interne et point de vue externe, parmi une abondante littérature : A.-J. Arnaud, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification », *Droit et société*, n° 2, 1986, pp. 139-141 ; F. Ost et M. van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et*

l'opposition entre les conceptions scientifique et herméneutique de la recherche en droit. Contre la relation épurée entre le sujet et l'objet du schématisme kantien, Hamann a fait valoir l'historicité de la connaissance par une thèse linguistique : nous pensons nécessairement *dans* un langage déjà là et nous ne pouvons pas en *sortir*. La distinction hartienne reprend le registre du dedans et du dehors. Le droit étant une pratique essentiellement discursive, peut-on dire quelque chose du droit sans parler le langage qu'il consacre ? Peut-on parler du droit sans être inclus, de quelque façon que ce soit, dans la tradition juridique ? Dans cette perspective, nous remarquerions que le chercheur en droit pense nécessairement dans le langage et la tradition juridiques. Si l'on conserve l'hypothèse du point de vue externe, le schématisme de la raison pure continue à fonctionner : il faut appliquer le couple sujet/objet à la relation épistémique qu'entretient le chercheur avec le droit. Jusqu'ici, la métaphore optique du "point de vue" et de la spatialité ("interne" et "externe") reste séduisante, mais nous en remarquons déjà les limites car le langage, précipité de traditions et d'histoire, n'est pas une chose que l'on *regarde* en choisissant, selon la perspective qui nous semblerait la meilleure, de se tenir à l'intérieur ou à l'extérieur de lui. « La métaphore de la vision, plus généralement de la perception, qui a dominé dès l'origine de l'histoire de la philosophie, est [...] à la fois féconde et fallacieuse »<sup>757</sup> : ce que nous faisons volontiers pour une maison ou une horloge est peu comparable à ce que nous faisons en présence d'un langage.

Humboldt permet de mieux prendre en charge ce que signifie « adopter le point de vue interne ». Le langage n'est pas seulement *organon*, toujours-déjà-là, statique. Il est aussi *energia*, toujours-en-train-de-se-faire, dynamique. Il se manifeste dans son usage, à l'occasion de ses instanciations, pratique sociale d'expression et de communication. Le langage s'exerce par des actes, par la prise de parole de locuteurs. Nous pensons dans le langage et nous construisons nos pensées en parlant avec les autres. Le langage nous permet de penser avec autrui, par l'échange, l'accord et la confrontation verbale. L'instance sociale de la discussion peut, dans ces conditions, être reconnue comme la procédure principale d'exercice du langage et, par conséquent, de la pensée. À son occasion, nous tâchons bel et bien de parvenir à l'entente, laissant les autres nous convaincre ou emportant leur adhésion en vertu de ce que nous concevons comme de bonnes raisons, une bonne argumentation. Dès lors, s'il n'est pas question de *voir* le langage de l'intérieur, c'est parce que nous y entrons en parlant, en le faisant, en y participant. Nous entrons dans une discussion en nous y engageant. Elle est,

---

*régulation sociale*, LGDJ, 1991, pp. 67-80 ; H. H. Hill, « H. L. A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in the Concept of Law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, n° 1, 1990, pp. 113-128 ; S. J. Shapiro, « What is the Internal Point of View ? », *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 1157-1170.

<sup>757</sup> C. Castoriadis, *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, Seuil, coll. Points Essais, 1978, p. 23. θεωρία, qui a donné théorie, signifiait en grec « observer, contempler », *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, entrée « Théorie », étymol. et hist., n° 3c., URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.atilf.fr/tlfi>

comme un jeu<sup>758</sup>, une instance à laquelle il importe de participer. Dans cette perspective, la « participation »<sup>759</sup>, l'« engagement »<sup>760</sup> ou l'« adhésion »<sup>761</sup> au droit sont à concevoir comme à l'égard de discussions juridiques. Ainsi, le point de vue interne et le point de vue externe au droit ne sont pas comme des postes d'observation desquels on choisirait de se placer pour regarder le droit. Ce sont des thèses qui témoignent de principes philosophiques concurrents à partir desquels se construisent deux grammaires épistémologiques<sup>762</sup>. D'elles s'instaurent deux ordres d'explication paradigmatique de ce que font les chercheurs en droit. Suivant le modèle de l'observation, le principe du point de vue externe conçoit le droit comme un objet sur lequel, *bien qu'il soit de nature linguistique*, il serait néanmoins possible d'appliquer, *mutatis mutandis*, les méthodes et les objectifs initialement prévus pour les sciences naturelles. Dans cette mesure, « l'objectivité des sciences de la nature semble provenir de ce qu'elles portent sur des faits perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et dans l'espace » : « il faut donc que la science du droit porte sur des faits semblables »<sup>763</sup>. Selon ce principe, les chercheurs en droit décrivent le droit « tel qu'il est » devant eux, ou prédisent le droit « tel qu'il sera ». S'ils ne le font pas, c'est parce qu'ils sont victimes d'une illusion idéologique et prennent « leurs désirs pour la réalité »<sup>764</sup>, ou qu'ils sont « coupables de la pire des escroqueries », faisant « passer [leurs] propres désirs pour le produit d'une recherche scientifique »<sup>765</sup>. À l'inverse, le principe du point de vue interne invite à concevoir le droit,

---

<sup>758</sup> Nous savons l'immense fortune qu'a connu le modèle du jeu dans la philosophie du langage. Cette idée est traditionnellement attribuée à Wittgenstein. Pour autant, Gadamer, lorsqu'il se rend compte de la similitude de la philosophie herméneutique avec la philosophie du langage ordinaire inspirée des *Recherches philosophiques* de Wittgenstein, s'aperçoit de l'usage commun de l'idée de jeu : « Lorsque j'ai lentement appris à parler un peu mieux l'anglais et que je me suis familiarisé un peu plus avec les philosophes américains, je me suis aperçu qu'il y avait aussi des ponts très viables de la philosophie analytique à l'herméneutique. De fait, peu de temps après avoir complété *Vérité et méthode* en 1960, je me suis mis à lire le dernier Wittgenstein et j'y ai retrouvé plusieurs idées qui m'étaient familières. Dès cette époque, bien sûr, l'emploi du célèbre concept wittgensteinien de "jeu de langage" n'était pas rare en Allemagne », H.-G. Gadamer, « Autoprésentation », in *La philosophie herméneutique*, trad de l'allemand par J. Grondin, PUF, Épiméthée, 1996, p. 34.

<sup>759</sup> H. L. A. Hart, « Postface » (1983), *Le concept de droit* (1961), *op. cit.*, pp. 259-260.

<sup>760</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>761</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>762</sup> *Contra* : R. L. Schwartz, « Internal and External Method in the Study of Law », *Law and Philosophy*, vol. 11, n° 3, 1992, pp. 179-199, pour qui les points de vue interne et externe sont des options méthodologiques : « La méthode interne reflète le point de vue d'un participant au système juridique et l'étude doctrinale traditionnelle ; elle est d'ordre pratique et orientée vers la décision. Des limites argumentatives et interprétatives sont acceptées pour rendre ses résultats opérationnels d'un point de vue pratique. Les buts de la méthode externe sont cognitifs et théoriques ; celle-ci est orientée selon une compréhension philosophique et la rationalité scientifique. Par conséquent, ses prémisses et ses résultats ne sont pas limités par leur réception par les juristes professionnels, ou par les contraintes institutionnelles et sociales et peuvent ainsi prendre appui sur des ressources conceptuelles de disciplines extra-juridiques. », *ibid.*, p. 179. Voir également J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>763</sup> M. Troper, « Les théories volontaristes du droit », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 60-61.

<sup>764</sup> P. Brunet, « Irrationalisme et anti-formalisme. Sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, 2004, n° 39, p. 201.

<sup>765</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 35.

*parce qu'il est une activité linguistique*, comme une discussion à laquelle il s'agit de participer ou de ne pas participer. Selon ce principe, les chercheurs en droit, par leurs actes de langage, participent au droit toujours-en-train-de-se-faire : ils font du droit et ne peuvent faire autrement à moins, tout simplement, de cesser cette activité et s'adonner à d'autres occupations.

Gadamer a reproché aux disciplines interprétatives d'avoir perdu le fil de leur intérêt en voulant se reconstituer en méthode comme les sciences de la nature. Aux côtés de *l'expérience empirique*, qu'il convient toujours d'analyser par le modèle de l'observation, Gadamer restitue une légitimité philosophique à *l'expérience herméneutique* que nous faisons lorsque nous sommes confrontés à du sens, à l'occasion par exemple de l'interprétation d'un texte, en l'analysant par le modèle de la discussion. Le rejet du modèle observationnel et l'application du modèle discursif à l'interprétation conduit Gadamer à dire qu'un texte communique ce à quoi il importe de participer, que l'interprète parle avec le texte d'une même chose, qu'ils tentent de réaliser l'entente à son propos, qu'ils échangent pour cela des arguments, que l'interprète se pose des questions auxquelles le texte exprime une réponse, *etc.* La philosophie herméneutique invite à traiter ce qu'il se passe lors d'expériences herméneutiques, comme l'interprétation d'un texte juridique, par le modèle sujet/sujet de la discussion, tandis que la philosophie scientifique conduit, en faisant abstraction de la nature linguistique de ce à quoi le savant est confronté, à faire passer les expériences herméneutiques pour des expériences empiriques en les analysant, *mutatis mutandis*, par le modèle sujet/objet de l'observation. Ainsi pouvons-nous donner au principe du point de vue interne le nom de *principe herméneutique*, comme Hart le suggère lui-même dans ses travaux tardifs<sup>766</sup>, et au principe du point de vue externe celui de *principe scientifique*, d'après lequel est par exemple envisagée, en considérant la signification comme un fait<sup>767</sup>, l'interprétation objective du sens d'un texte.

Les conceptions herméneutique et scientifique de la recherche en droit s'opposent donc frontalement sur le thème de la relation entre le droit et la recherche en droit. D'un côté, le théoricien de la science du droit déclare « peu rigoureuse » « la tendance [...] à la confusion

---

<sup>766</sup> « Bien sûr, ceux qui produisent ce genre d'affirmations doivent comprendre le point de vue de ceux qui acceptent la règle, ainsi leur point de vue peut-il bien être nommé « herméneutique », H. L. A. Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 14. Pour une analyse des ambiguïtés de la conception hartienne de l'herméneutique, voir B. Bix, « H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Philosophy », *SMU Law Review*, 1999, n° 52, pp. 167-199.

<sup>767</sup> « La seule issue est donc de concevoir la norme comme une signification, en donnant à ce terme un sens pragmatique : la norme est le produit d'une interprétation opérée au cours d'un processus d'"application" des textes. Elle est donc un fait. Aussi la science du droit peut-elle être comprise comme un ensemble de jugements de réalité, qui affirment l'existence de normes et qui, dès lors, sont susceptibles de vérification empirique », M. Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 55.

entre le droit et la science du droit »<sup>768</sup> et tient à la radicalité de cette distinction (dualisme) pour que l'activité épistémique des chercheurs en droit ressemble du mieux possible à celle des chercheurs en sciences naturelles. De l'autre côté, l'herméneutique condamne la confusion entre expérience empirique et expérience herméneutique, observation et conversation, et réclame l'abolition de l'opposition abstraite entre le droit et la recherche en droit (monisme) pour affirmer que ce que font les chercheurs en droit correspond à ce que font les autres juristes, et notamment les autorités dont ils interprètent les textes. Ils participent à la même discussion : ils parlent de la même chose que les juges – et les autres juristes – et essaient de s'entendre avec eux au moyen d'un processus argumentatif. Les chercheurs en droit *font du droit* parce qu'en tant que juristes, ils s'engagent dans la discussion juridique en exprimant des propositions qu'il convient de nommer, avec Hart, *conclusions en droit*<sup>769</sup>.

En nous appuyant sur la conception herméneutique et en la contrastant avec l'approche scientifique, nous voulons ici illustrer la dénégation de conclusions en droit par des prétentions à la scientificité, puis la démontrer. Nous l'illustrerons par un récit, mise en scène dans laquelle vont intervenir des personnages qui dissimulent manifestement leurs conclusions juridiques sous la bannière de la science du droit (**section 1**). À partir de ce récit, nous démontrerons dans quelle mesure les prétentions à la description scientifique du droit (**section 2**) et les prétentions à la prédiction scientifique du droit (**section 3**) sont structurellement dissimulatrices de conclusions juridiques, c'est-à-dire de propositions à l'endroit des juges sur la manière dont ils doivent trancher les cas qui leur sont soumis.

---

<sup>768</sup> A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 25.

<sup>769</sup> « L'affirmation "Smith a le droit d'être payé 10 £", prononcée par un juge quand il traite le cas d'espèce, a un statut différent de son énoncé hors du tribunal, où elle peut être le moyen d'exprimer une prétention, un recours, ou bien d'autres choses encore. L'affirmation du juge est officielle, elle fait autorité et elle est, disons, définitive ; l'autre ne l'est pas, mais malgré toutes ces différences, les deux énoncés sont bien d'une même sorte : ils sont des *conclusions en droit*. », H. L. A. Hart, « Definition and Theory in Jurisprudence » (1953), in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 28-29.

## Section 1 : Mise en scène d'une discussion juridique et de prétentions à la scientificité

**158. Personnages conceptuels.** - Le récit qui suit met en scène deux personnages conceptuels<sup>770</sup> qui incarnent chacun une position méthodologique dont nous contestons l'efficacité sur les propos qu'ils introduisent. L'un prétend à la description du « droit tel qu'il est », l'autre à la prédiction du « droit tel qu'il sera ». Ils opposeront leur méthodologie contre l'idée même d'affirmer ce que le juge *doit* décider, conformément à la distinction positiviste entre l'être et le devoir-être. Pourtant, tous deux exprimeront une solution au cas qui les occupe. Aveuglés par leurs prétentions méthodologiques, ils semblent ne se douter de rien.

\*\*\*

Une communauté de plusieurs milliers de personnes s'est installée sur une île qui, avant eux, était déserte. La communauté, soucieuse du respect de la nature, a inscrit à l'article 8 de sa première Constitution : « Afin de protéger la biodiversité, aucun arbre ne doit être abattu, à moins que l'absolue nécessité et l'intérêt général ne le commandent ». Dès après, une loi d'application a été adoptée dans les termes suivants :

« Article 1 : La mise en oeuvre de la dérogation prévue à l'article 8 de la Constitution, soit la possibilité d'abattre un arbre, est soumise à un régime d'autorisation.

Article 2 : L'Agence de protection de la nature délivre cette autorisation après examen de la requête motivée du demandeur et dans un délai de trois mois.

Article 3 : L'abattage est exécuté gratuitement par le Service officiel des bûcherons assermentés, organisme sous la direction de l'Agence.

Article 4 : Tout abattage sauvage est puni d'un an de travaux d'intérêt général et de 5000 écus d'amende.

---

<sup>770</sup> « Les personnages conceptuels [...] opèrent les mouvements qui décrivent le plan d'immanence de l'auteur, et interviennent dans la création même de ses concepts. Aussi, même quand ils sont "antipathiques", c'est en appartenant pleinement au plan que le philosophe considéré trace et aux concepts qu'il crée : ils marquent alors les dangers propres à ce plan, les mauvaises perceptions, les mauvais sentiments ou même les mouvements négatifs qui s'en dégagent, et vont eux-mêmes inspirer des concepts originaux dont le caractère répulsif reste une propriété constituante de cette philosophie. À plus forte raison pour les mouvements positifs du plan, les concepts attractifs et les personnages sympathiques : tout une *Einführung* philosophique. Et souvent, des uns aux autres, il y a de grandes ambiguïtés. », G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Minuit, coll. Critique, 1991, p. 62.

Article 5 : Les décisions de l'Agence sont susceptibles d'un recours auprès du Tribunal. À l'occasion de sa décision, le Tribunal est compétent pour se substituer à l'Agence et délivrer lui-même une autorisation ou un refus à l'intéressé. »

Dès les premiers mois suivant l'entrée en vigueur de ce texte, le Tribunal avait déjà rendu plusieurs arrêts significatifs. On connaissait l'arrêt "Genêts", à l'occasion duquel il avait annulé le refus par l'Agence d'abattre un massif de genêts, au motif que ces végétaux n'étaient pas des arbres et ne relevaient donc pas du champ d'application de l'article 8. Par son arrêt "Club de vacances", à la rédaction particulièrement brève et laconique, le Tribunal annulait également le refus d'abattre un arbre, pourtant remarquable par son âge, dans l'objectif de creuser une piscine à destination d'un club de vacances. Dans l'arrêt dit "Piscine privée", le Tribunal avait refusé l'abattage de trois arbres, dont un spécimen rare, au motif que l'installation d'une piscine dans un jardin privatif « ne constitue ni une absolue nécessité, ni un intérêt général, au regard notamment de la rareté du spécimen dont la vie est en jeu ».

Un jour, l'Agence oppose un refus à un justiciable qui demandait à ce qu'on abatte cinq arbres, dont un spécimen rare, dans l'objectif de cultiver un champ de vignes et d'en produire du vin. Furieux, celui-ci conteste cette décision auprès du Tribunal. L'affaire "du vigneron" gagne rapidement tous les esprits. Un clivage se forme dans l'opinion publique. D'un côté, les écologistes, alarmistes sur le danger que représenterait une conception laxiste de l'article 8 de la Constitution, encouragent le Tribunal à être ferme et à rejeter la demande. De l'autre, ceux représentés par le Syndicat des propriétaires terriens libres réclament une interprétation mesurée de l'article 8 au nom de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété et de la liberté individuelle en général. L'Université de l'Île organise un débat pour que les citoyens les plus soucieux de la jurisprudence du Tribunal puissent se réunir dans un grand amphithéâtre. Chacun, alors, pourra prendre la parole dans les meilleures conditions. La salle est pleine, et le débat tourne vite autour de l'affaire du vigneron. Le juge doit-il faire prévaloir la protection de la biodiversité et refuser au vigneron d'abattre les arbres ou doit-il, au contraire, protéger la liberté individuelle et annuler la décision de l'Agence ?

De brillants plaidoyers sont assurés, d'un côté comme de l'autre. L'un des écologistes se fend d'une tirade particulièrement émouvante. Il ravive à la mémoire de tous que c'est au nom de la liberté d'entreprendre que tant de forêts avaient été décimées dans le monde. Ce n'est pas pour reproduire les erreurs d'autrefois qu'il a débarqué ici avec toute sa famille. Était-il venu pour entendre dire que la construction d'une piscine ou que la fabrication de vin étaient de bonnes raisons d'abattre des êtres vivants ? L'article 8 de la Constitution semblait pourtant offrir une garantie contre ce genre d'excès. Il avait été révolté d'apprendre que la construction d'une piscine dans un objectif professionnel relevait d'un intérêt général. Selon lui, cela ne pouvait tenir lieu de jurisprudence. L'affaire du vigneron, plus que toute autre, offre au Tribunal l'occasion d'une rectification salutaire. Il aura, de surcroît, une raison

particulière d'être ferme : cet étonnant spécimen, si rare sur l'Île, était menacé. Il sera chaudement applaudi par ses camarades.

Naturellement, le président du Syndicat fut de l'avis opposé. D'après lui, le Tribunal a vu juste dans l'affaire "Club de vacances". Le développement d'une activité économique est absolument nécessaire pour la prospérité de l'île : le secteur touristique doit être encouragé. « L'intérêt privé, dit-il doctement, ne doit pas être vu comme l'inverse de l'intérêt général, mais comme son indispensable partie ». Le voilà à développer, avec une adresse remarquable, des arguments économiques étayés sur la balance commerciale de l'Île et la nécessité d'un équilibre entre flux d'importation et d'exportation. Le développement d'une activité viticole est, sans conteste, un pas dans la bonne direction. D'une voie minaudie bien faite, il implora que « les arbres ne soient pas préférés aux hommes et à leur bien-être ». Clairement, le Tribunal doit poursuivre son interprétation raisonnable de l'article 8 de la Constitution. Au nom de la liberté d'entreprendre, il doit permettre à tout honnête vigneron d'abattre quelques arbres s'ils gênent ses ambitions. Sans surprise, il fut ovationné par les autres syndicalistes.

Un petit homme, le dos voûté, chapeau rond, semblait avoir désapprouvé les deux discours. Il prend la parole et d'emblée, remarque sèchement que les deux dernières interventions étaient « pétries d'idéologies, et d'idées parfaitement subjectives ». « Le droit est une chose sérieuse, qui demande une description objective et scientifique ». Pense-t-il possible de déterminer « objectivement et scientifiquement » ce que le juge doit décider ? Il répond, la main sur le cœur, qu'il ne souhaite pas discuter de « la bonne décision », à supposer même qu'elle existe : « Je veux décrire le droit tel qu'il est, non pas tel qu'il doit être. Voilà la différence, voilà ce qu'aveuglés par vos passions et vos désirs, vous n'avez su faire. Vous avez plaidé, comme si vous étiez avocats de la cause : vous avez pris parti ».

Les visages, interloqués, lui intimaient de continuer. Dans un silence quasi religieux, il lut l'article 8 de la Constitution, puis la loi d'application. Il rappela l'existence des quelques arrêts importants ayant appliqué ces dispositions, et leurs sens les plus immédiats. « Par "arbre", la Constitution, telle qu'elle est interprétée par le Tribunal, exclut visiblement les arbustes, du moins les genêts ». Le public, à ce moment, se demandait si la science du droit de ce monsieur avait d'autres vertus que cette austérité qui conduisait à répéter, avec un air rigoureux, les textes officiels. Imperturbable, l'homme poursuivit sur des cas intéressants de plus près l'affaire du moment : « À la lecture de l'arrêt "club de vacances", nous pouvons voir que la liberté d'entreprendre est au nombre des principes susceptibles de constituer une raison valable pour déroger à la protection de la biodiversité ». Les écologistes s'agitent. « Il ressort cependant de l'arrêt "Piscine privée" que l'abattage d'un spécimen rare constitue une atteinte particulièrement grave à la protection de la biodiversité ». Les syndicalistes grimacent. « Cette dernière décision, poursuivit-il, est significative. L'interdiction semble varier en intensité, selon ce que l'on demande d'abattre en l'espèce. Si l'arbre est chétif et

commun, alors l'autorisation est plus facilement octroyée que s'il est rare et remarquable. Et, s'il en est ainsi de la qualité de l'arbre, il devrait aussi en être de la quantité d'arbres à abattre, de sorte que l'autorisation d'abattre cinq ou six arbres serait plus difficile à obtenir que celle d'en abattre un seul ». Les propriétaires syndiqués commençaient à protester sérieusement, mais il développa encore : « il semble par ailleurs qu'à la lecture de l'article 8 de la Constitution, nous pouvons obtenir plus d'informations. Il est introduit par la mention "afin de protéger la biodiversité". La protection de la biodiversité est un principe qui constitue l'objectif de la règle que ce texte exprime. Par conséquent, tout l'article et les dispositions qui le précisent doivent être lues à la lumière de cet objectif, ce pourquoi on doit en appliquer les règles. Et la seconde partie de l'article, "à moins que l'absolue nécessité et l'intérêt général ne le commandent", n'aura échappé à personne. Elle exprime une exception à l'interdiction générale. Cette exception doit faire l'objet d'une interprétation stricte, sans quoi l'article 8 serait, à force d'interprétations trop laxistes, privé de tout effet. Le principe de protection de la biodiversité serait menacé de toutes parts. L'exception n'est donc recevable qu'en vertu de deux critères qui sont, comme en témoigne la conjonction "et", cumulatifs : il faut identifier une absolue nécessité *et* un intérêt général (il insiste sur la conjonction) à tous les actes dont on reproche devant le Tribunal de constituer une atteinte à la biodiversité. Ce que je veux dire, c'est que la seule démonstration d'un intérêt général ne saurait donc et en aucun cas satisfaire la question de savoir si l'abattage d'arbre est absolument nécessaire. Si le constituant en avait voulu autrement, il aurait choisi une autre formule, comme "nécessité d'intérêt général" ou quelque chose d'aussi elliptique ».

« Vous semblez sous-entendre que le juge devrait refuser au vigneron l'autorisation qu'il demande, coupa l'écologiste en chef. C'est, du moins, ce que j'en conclus, vu les éléments que vous... » « C'est vous qui le dites, pas moi », trancha le petit homme, agacé. « Je répète : selon le droit positif, abattre un spécimen rare est plus grave qu'en abattre un d'une espèce commune ; *a fortiori*, abattre plusieurs arbres est plus grave qu'en abattre un seul ; selon l'intention du constituant et la formulation de l'article 8, le principe de protection de la biodiversité et la norme selon laquelle "aucun arbre ne doit être abattu" doit faire l'objet d'une interprétation extensive, tandis que l'exception introduit par "à moins que" doit faire l'objet d'une interprétation stricte ; de telle façon que, même si l'on considère que la protection de la liberté d'entreprendre est, comme les syndicalistes l'affirment, comprise dans l'idée d'intérêt général, il faudrait également qu'en l'espèce, l'activité professionnelle – son emplacement, la superficie qu'elle réclame, le secteur économique auquel elle contribue – soit absolument nécessaire pour que le fait d'abattre des arbres soit justifié. Il semble alors tout à fait clair, selon l'interprétation objective à laquelle j'ai procédé, que le droit positif interdit à un vignoble d'abattre cinq arbres dont un spécimen rare, alors que celui-ci pouvait s'établir ailleurs, ou démarrer une activité lucrative plus satisfaisante à l'intérêt général que la production d'alcool. Cependant... ». Les insultes fusaient du côté des syndicalistes.

« Cependant, je ne dis pas que le juge *doit* (il insiste) rejeter la demande du vigneron. Juger est la production d'une norme qui n'est pas une activité de connaissance, comme l'analyse à laquelle je me consacre, mais un acte de volonté. Soyons clairs : lorsqu'il tranche, le juge fait ce qu'il *veut*, pas ce qu'il *sait* qu'il doit faire. Selon la loi de Hume, on ne peut pas inférer de ce qui *est*, le droit positif, de ce qui doit être, "la bonne décision" si on veut. Existe-t-elle réellement ? Ce brave Hume disait encore : « Il n'est pas contraire à la raison de préférer la destruction du monde entier à l'égratignure de mon doigt »<sup>771</sup>. Aussi la raison ne détermine que ce qui est, pas ce qui doit être ou ce que l'on doit faire. Le juge peut très bien en décider autrement, et satisfaire à la demande du vigneron. Il peut aussi s'écarter du droit positif. Je ne me permettrai aucun jugement là-dessus. D'ailleurs, on pourrait voir en la décision « Genêts » l'indice d'un tel comportement, puisqu'il a interprété restrictivement le terme "arbre", au point de ne pas l'appliquer aux genêts, alors que... ».

Cette fois, la patience des syndicalistes avait été excédée. Le petit homme était à leurs yeux plus radical encore que les écologistes. Son argumentation était solide, et en faveur de la thèse de leurs adversaires. Il avait même suggéré que l'arrêt "Genêts" avait été prononcé en contrariété avec la Constitution, et personne n'avait rien trouvé d'intelligent à répondre. Les écologistes ne s'y étaient pas trompés et l'acclamaient vigoureusement. Dans le tumulte, personne ne l'avait entendu protester qu'en scientifique, il n'était en faveur d'aucun camp.

Profitant de la confusion générale, une femme en pantalon rouge grimpa sur l'estrade et s'empara du micro. « Je vois, siffla-t-elle en riant, que la science du droit peut susciter l'enthousiasme. Les efforts de mon collègue pour accéder à la scientificité sont louables, c'est certain. Je crains, pourtant, qu'il ne commette une lourde erreur de méthode. Comme il l'a pourtant remarqué, le juge n'est pas contraint de suivre les règles du droit positif. C'est donc, il me semble, ajouter à la supercherie que d'en faire un compte rendu aussi rigoureux. Si nous voulons faire de la science du droit, on doit considérer le droit comme un fait, un fait social. Empiristes, nous pouvons, comme le font les sciences les plus avancées, prédire l'effet en observant les causes. Ici, l'effet qui nous importe de connaître est la décision que produira le juge sur le cas du vigneron. Pour savoir ce qu'il va se passer, nous devons observer le phénomène juridique dans toute sa complexité. Et j'estime, permettez-moi de vous en convaincre, que nous pouvons prédire de façon presque certaine la façon dont il *va* (elle insiste) décider, sans s'embarrasser une seconde de considérations naïves à propos de ce qu'il *doit* décider. Cela seul est scientifique, car cela seul est vérifiable. Dans quelques semaines, vous pourrez savoir si j'avais eu raison ou tort ».

Ces annonces, spectaculaires, avaient captivé le public. « Sachez, en premier lieu, que les propriétaires terriens ont bien plus de poids politique que certains d'entre vous

---

<sup>771</sup> D. Hume, *Traité de la nature humaine* (1739), trad. de l'anglais par Ph. Folliot, UCAQ, 2006, p. 150.

n'oseraient le supposer, et qu'eux-mêmes ne l'admettraient. Les juges en fonction sont presque tous propriétaires de grands terrains boisés. Ils ont, par conséquent, un intérêt personnel à ce que l'Agence ne soit pas trop sévère dans la distribution des autorisations... À moins, en fait, qu'ils ne s'en accommodent opportunément. Car j'ai remarqué, en fouillant dans les archives, que deux magistrats avaient discrètement reçu l'autorisation d'abattre à des fins strictement privées. Il s'agissait d'obtenir un éclairage naturel optimal de leurs intérieurs, ce qui, excusez-moi, ne me paraît pas tout à fait constitutif d'un intérêt général, ni d'une nécessité absolue ». « Si ce que vous dites est vrai, c'est un scandale !, rugit quelqu'un. Il faudrait quand même garantir l'indépendance et l'impartialité de ce tribunal ! ». « Je ne le vous fais pas dire, plaisanta-t-elle. Mais, aujourd'hui, ce n'est pas la question. Car voilà que, malgré les intérêts personnels évidents qu'ont les juges, en tant que propriétaires, à ne pas être trop rigoureux, ils se préoccupent néanmoins de l'image de leur juridiction. Ils veulent conserver l'apparence d'impartialité qu'ils essaient patiemment de construire depuis sa création. Notez, par exemple, l'arrêt « Piscine privée ». Il leur a bien fallu refuser l'autorisation d'une telle construction, tant l'inverse aurait éveillé les pires soupçons. Imaginez ! Il s'agissait, je vous dis, de sauver les apparences. Je remarque aussi que le cas du vigneron est particulièrement brûlant et polémique. Vous êtes nombreux réunis ici, et les échanges sont tendus. Ce fait ne doit pas être écarté de l'analyse. S'ils ne sont pas idiots – et ils ne le sont pas – ce climat devrait inciter les juges à calmer le jeu par une décision synchrétique, consensuelle. Ce serait une décision qui concéderait du terrain aux deux parties en présence, écologistes et propriétaires, sans toutefois remettre en cause les intérêts que chacun estime vitaux. À partir de cette hypothèse, j'ai déniché un arrêt que vous n'avez pas mentionné aujourd'hui et qui, pourtant, devrait vous intéresser : celui, rendu il y a quelque mois déjà, que nos juristes appellent « Flotte rouge ». En l'espèce, le Tribunal devait trancher le cas de ce riche armateur qui avait demandé à l'Office des ports l'attribution d'une place d'amarrage pour chacun des six bateaux rouges de sa collection. L'Office avait jugé la demande excessive, et l'avait rejetée. Cette décision, voyez-vous, avait été contestée devant le Tribunal ».

L'auditoire avait l'air perdu, et on entendait quelques grognements. « Je voudrais attirer votre attention sur la réponse du Tribunal. » Elle saisit un imprimé et lut : « Considérant d'une part, ainsi que l'a remarqué l'Office, que la demande de M. X d'avoir à disposition six places d'amarrage est manifestement excessive au regard notamment... (elle passe, mimant une lecture ultra-rapide) ; Mais considérant, d'autre part et comme le soutient M. X, que la décision de rejet par l'Office emporte des conséquences excessives concernant la situation personnelle de l'intéressé, s'agissant en particulier de... (*idem*) ; Considérant (elle lève le doigt et ralentit sa lecture) qu'il appartient au Tribunal, vu l'article 10 de la loi sur les ports de plaisance, de se substituer à l'Office dans la décision d'autoriser l'accès à des places d'amarrage ; que rien n'interdit à l'Office d'accéder partiellement à la demande d'un administré ; qu'il en suit que rien n'interdit non plus au Tribunal de revenir sur une

autorisation ou un refus intégral pour délivrer une autorisation partielle ; Considérant enfin (elle reprend un rythme plus rapide) qu'il apparaît, vu le volume d'accueil du port de plaisance et du nombre d'armateurs dans cette région de l'Île, que chacun devrait pouvoir obtenir jusqu'à trois places d'amarrage s'il possède les navires correspondants ; Le Tribunal décide (elle lève les yeux et ouvre les bras) d'annuler le refus intégral de l'OPP et d'accéder partiellement à la demande de M. X en lui octroyant trois places d'amarrage pour ses navires ».

Devant l'auditoire médusé, elle poursuit fièrement : « Eh bien, je crois que le Tribunal va considérer ses compétences à l'égard des autorisations d'abattage d'arbres de la même façon que ses compétences à l'égard de l'attribution de places d'amarrage. Il pourra s'appuyer sur la symétrie de l'article 5 de la loi d'application de l'article 8 de la Constitution avec l'article 10 de la loi sur les ports de plaisance, qui dispose comme le premier qu'en cas de litige la décision du tribunal se *substitue* (elle insiste) à la décision de l'autorité administrative. Que le juge s'engage dans cette voie, j'en suis presque certaine. Quant à prédire précisément comment le juge s'y prendra pour, disons, couper la poire en deux, j'en suis moins sûre, mais j'ai une piste. En l'espèce, les quatre arbres communs sont plats et larges, tandis que le spécimen rare est long et effilé comme un pinceau. Ce sont surtout les arbres communs qui empêchent le vigneron de s'établir, tandis que les écologistes veulent surtout préserver l'arbre remarquable. Il m'est avis que les juges, cherchant le compromis le plus acceptable, vont autoriser le vigneron à abattre les quatre arbres communs, et lui interdire de toucher au précieux spécimen. Voilà ma prédiction. C'est aussi simple que cela. Je laisse à chacun le soin d'estimer sa probabilité. Nous serons, de toutes façons, fixés dans quelques semaines. »

L'amphithéâtre tout entier vrombissait de murmures enthousiastes. Un homme s'exclama, sans que l'on puisse savoir à quelle faction il appartenait : « merci pour votre intervention, Madame : votre solution est certainement celle la plus équilibrée et la plus juste qui soit. Puissent les juges vous entendre ! ». Elle rit en répondant : « soignez vos hallucinations, mon cher, la justice n'existe pas ! ». Le public avait manifestement décidé d'ignorer cette étrange déclaration et l'applaudissait à tout rompre. Surprise du succès de sa science, elle quitta l'estrade grand sourire, signant la fin de son intervention. Le petit orchestre acoustique qui prenait place, lui, annonçait la clôture du débat citoyen et l'ouverture du bal.

Quelques jours plus tard, le débat avait été intégralement retranscrit par les employés du Service d'études et de documentation du Tribunal. Le recueil, proprement relié, avait été édité en plusieurs exemplaires. Le bibliothécaire du service ne fut pas étonné lorsque tous les magistrats chargés de l'affaire en avait fait remonter un dans leurs appartements. Les deux dernières interventions de l'événement avait fait si grand bruit ! Un mois plus tard, la

juridiction rendait sa décision. Dès le lendemain, l'arrêt fut publié au Journal Officiel. Certains de ses paragraphes, les spécialistes en conviendront vite, lui assuraient une place de choix dans la première édition, en cours de compilation, des *Grands arrêts du Tribunal de l'Île commentés*, que les étudiants surnommeront affectueusement « le GATIC » :

« [...] 14. Considérant, dans la mesure où l'article 8 de la Constitution proclame une interdiction, que celui-ci ne saurait, dans une société libre et démocratique, faire l'objet d'une interprétation extensive ; que, cependant, la dérogation prévue par le même article ne pourrait être conçue de façon si large qu'elle mettrait à mal les intérêts vitaux défendus par l'interdiction de principe et le mécanisme d'autorisation mis en place.

15. Considérant ainsi, et contrairement à ce que laisserait entendre l'article 8 de la Constitution, que la conjonction "et" qu'il contient n'implique pas que les conditions de nécessité absolue et d'intérêt général soient cumulatives ; qu'il suffit au contraire au demandeur de l'autorisation de prouver soit l'absolue nécessité pour son propre intérêt, soit la simple nécessité pour l'intérêt général ; Qu'en l'espèce, la demande concerne un intérêt privé ; que l'autorisation ne peut donc être délivrée qu'en cas d'absolue nécessité ; [...]

18. Considérant enfin qu'il appartient au Tribunal, vu l'article 5 de la loi d'application de l'article 8 de la Constitution, de se substituer à l'Agence dans la décision d'autoriser d'abattre un arbre ; que rien n'interdit l'Agence d'accéder partiellement à la demande d'un administré ; qu'il s'en suit que rien n'interdit non plus au Tribunal de revenir sur une autorisation ou un refus intégral pour délivrer une autorisation partielle ;

19. Qu'en l'espèce, les quatre arbres communs sont plats et larges, tandis que le spécimen rare est long et effilé comme un pinceau ; que ce sont surtout les arbres communs qui empêchent le demandeur de démarrer son activité viticole ; que le spécimen rare à lui seul ne l'en empêche pas et que celui-ci doit faire l'objet d'une protection redoublée ; qu'abattre les arbres communs est absolument nécessaire afin que l'intéressé puisse entreprendre son activité viticole, comme il en a librement fait le projet ;

Le Tribunal décide d'annuler le refus intégral de l'Agence pour accéder partiellement à la demande de M. X en l'autorisant à abattre les quatre arbres communs et en l'interdisant d'abattre le spécimen rare. »

L'homme au chapeau sera chargé de commenter l'arrêt au GATIC. Il insistera lourdement sur les paragraphes nos 14 et 15, qu'il considérera comme une « quasi réécriture de l'article 8 de la Constitution ». Il y verra une interprétation « pour le moins hardie », particulièrement concernant la fameuse conjonction "et", mais estimera cette interprétation préférable à celle qui intégrait l'intérêt particulier dans l'intérêt général, au motif que cette dernière théorie aurait rendu juridiquement impraticable le concept d'intérêt général. La

conception retenue par le juge, précisera-t-il, est fonctionnelle, car elle distingue les cas relevant de l'intérêt privé et ceux relevant de l'intérêt général pour leur appliquer des régimes d'autorisation distincts : nécessité absolue pour l'un, simple nécessité pour l'autre. Il s'essaiera à quelques exemples afin d'éclairer les potentialités de cette distinction, avertissant qu'elle donnera lieu à de multiples approfondissements. Quant aux paragraphes n<sup>os</sup> 17 et 18, il remarquera leur proximité de rédaction évidente avec l'arrêt "Flotte rouge", et citera sur ce point le discours de la femme en rouge, dont l'explication avait fait son chemin : d'abord reprise par l'avocate du vigneron, puis par l'avocat général et, enfin, par le juge lui-même. Il avertira cependant ses lecteurs sur les pouvoirs importants que le Tribunal s'était attribué. « Chaque juridiction maximise ses propres compétences jusqu'à l'intervention du législateur », ainsi qu'il en enseignait la formule. Il conclura son article par une interrogation polémique : « les citoyens de l'Île, en votant massivement "oui" pour leur première Constitution, ont-ils choisi d'être gouvernés par des juges ? »

La femme en rouge, depuis sa première apparition publique, deviendra extrêmement populaire. Intervenante perspicace à tous les débats citoyens organisés à l'Université, elle ne manquera jamais d'insister sur la situation privilégiée des juges et sur ce qu'elle appelle "les coulisses du raisonnement juridique". Elle publiera un recueil de ses interventions sous le titre *Stratégie juridictionnelle. Lutte de classe et paix sociale*, qui rencontrera un succès éditorial phénoménal. L'année suivante, un comité chargé de la réforme constitutionnelle de l'institution juridictionnelle sera placé sous sa direction. Celui-ci donnera naissance à une réorganisation substantielle du fonctionnement et des compétences du Tribunal de l'Île, ainsi que d'une « Charte pour une justice indépendante et équitable ».

\*\*\*

## Section 2 : Description du droit et engagement herméneutique

**159. Prétentions à la scientificité et objections herméneutiques.** - Les deux personnages ont pris la parole dans le contexte d'une discussion à propos du cas litigieux et de la façon dont le juge *doit* le traiter, mais ils affirment ne pas participer à cette discussion. Déterminant eux-mêmes la qualité de leurs contributions, ils estiment faire autre chose que ceux qu'ils côtoient : décrire le droit positif ou prédire la décision, et ainsi se poser d'autres questions qu'eux : quel *est* le droit positif ? quelle décision le juge *va-t-il* prendre ? De cette façon, ils pensent s'extraire de la discussion que les autres ont engagée. Ils croient laisser aux

autres le soin de raisonner sur ce que le juge doit décider et démentent se joindre à eux. Ils considèrent cette question vaine et passible d'aucune réponse scientifique. Chacun, à sa manière, estime faire l'expérience empirique de ce qu'ils nomment "droit" et le traiter objectivement. Le droit est pour eux un objet déjà là, qui est soit le droit positif, qui existe et qu'il est autant possible d'observer qu'une solution aqueuse dans un tube à essai, soit un fait social dont la saisie permet la prédiction des décisions de justice à venir, de la même façon qu'un astronome, en observant le comportement régulier des astres, peut prévoir leurs positions ou leurs états futurs.

Seulement, ce qu'ils prennent pour une *expérience empirique* est une *expérience herméneutique*, car ce à quoi ils ont affaire ne sont pas des états de choses qu'il s'agirait d'observer, mais des actes linguistiques. Leurs actes de langage ne sont pas en relation de représentation avec des objets, ils sont pris dans les mailles d'interactions linguistiques avec d'autres actes de langage. En dépit de ce qu'ils peuvent bien en dire, ces deux chercheurs en droit s'engagent, au même titre que leurs interlocuteurs, dans les discussions juridiques en cours, c'est-à-dire, en l'espèce, celles portant sur la façon dont le juge doit traiter le cas du vigneron. Ils participent, sans en être conscients, au droit-en-train-de-se-faire.

Traisons plus en avant du cas de l'homme au chapeau et de sa prétention à la description du droit positif (§1). Le personnage a été imaginé pour constituer un exemple grossier de cette attitude. Il est, à vrai dire, une exagération un peu provocatrice. Il faudra donc répondre aux objections selon lesquelles il n'est pas exemplaire et qu'il est toujours possible, par le suivi d'une méthode plus rigoureuse, de vraiment et seulement décrire le droit positif. Tout ce qui est présenté suivant les principes de la science comme un compte rendu objectif du droit s'avérera pourtant requalifiable, suivant le principe herméneutique, en participation à la discussion juridique (§2).

## **§1. Les prétentions descriptives de l'homme au chapeau**

**160. Interprétation et argumentation juridiques de l'homme au chapeau.** - Si l'on ignore ses prétentions méthodologiques à la description, l'on admet sans peine que l'homme au chapeau traite la façon dont le juge doit trancher le cas du vigneron. Il pourrait insister tant qu'il veut sur la haute idée qu'il se fait de son propre travail, il interprète ces textes, ces précédents, parce que ce cas et ce contexte d'énonciation l'y conduisent. Il serait absurde qu'il nie son intérêt pour le cas et pour sa signification, pour la façon dont le juge pourrait s'en saisir, pour les conséquences théorico-pratiques de telle ou telle façon d'aborder cette question de droit. Il s'intéresse à ces « normes juridiques » et pas à d'autres parce que celles-ci traitent de la question d'accorder ou de refuser à quelqu'un l'autorisation d'abattre des

arbres, et que cette question importe au moment où il parle. Il a raison, car une fois ces textes invoqués, et même après les avoir lus une seule fois, nous pensons en savoir plus sur ce que le juge doit décider. Ils facilitent, en la déterminant, la formulation et le traitement de la question. Ils semblent offrir, d'emblée, deux réponses possibles : (a) Le juge doit délivrer à l'intéressé l'autorisation de couper cinq arbres, dont un spécimen rare, empêchant la plantation d'un champ de vignes, et (b), Le juge doit refuser à l'intéressé de lui délivrer cette autorisation. Ces textes sont un début de « réponse à une question de droit »<sup>772</sup> donnant au juge des « raisons d'agir »<sup>773</sup> de la manière (a) *et* (b) et, pour les autres que le juge, des raisons d'affirmer que le juge doit agir de la manière (a) *et* (b).

Nous disons “et”, car aucune de ces dispositions ne donne, sans argumentation supplémentaire, la réponse, si précise qu'il suffirait d'en répéter les termes exacts. Aucune n'exprime la règle selon laquelle « le juge doit délivrer l'autorisation de couper les arbres qui empêchent la plantation d'un champ de vignes, même s'il y en a cinq et que l'un d'eux est un spécimen rare », évidemment. L'homme au chapeau ne se satisfera donc pas de ce que les textes disent déjà. En prétendant à une interprétation objective, c'est-à-dire donnée par l'objet qu'il dit décrire, il suscite le sentiment désagréable qu'il fait dire aux textes ce qu'ils n'ont pas dit. Mais c'est seulement qu'il affirme, en accord avec eux, ce dont précisément ils ne suffisent pas à savoir. La manifestation de la raison en action pour déterminer ce que l'on ne sait toujours pas après première lecture est créatrice de nouveaux contenus sémantiques. C'est ce à quoi nous assignons le terme d'interprétation et ce pour quoi l'interprétation est un acte de connaissance.

*Raison en action et acte de connaissance* car l'interprète doit argumenter au soutien des déterminations originales qu'il exprime. Il remarque que l'article 8 de la Constitution commence par « afin de protéger la biodiversité », et en infère que la protection de la biodiversité est la *ratio legis*, le principe de ce texte et des dispositions qui le précisent. Très vite, il en déduit que toutes ces dispositions doivent être lues à sa lumière. Selon lui, par exemple, le Tribunal protège bien la biodiversité quand il fonde sa décision « au regard notamment de la rareté du spécimen dont la vie est en jeu ». De cela, et par analogie, abattre un spécimen rare constituerait une atteinte plus grave à la protection de la biodiversité qu'abattre un arbre quelconque. Mieux encore, par une autre analogie : « s'il en est ainsi de la qualité de l'arbre, il devrait aussi en être de la quantité d'arbres à abattre, de sorte que

---

<sup>772</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2015, p. 6. « Toute règle de droit est, en soi, la réponse à une question. », G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> édition, 2005, pp. 280-285.

<sup>773</sup> J. Raz, *Practical Reason and Norms* (1975), Oxford University Press, 2002, « On reasons for action », pp. 15-48.

l'autorisation d'abattre cinq ou six arbres serait plus difficile à obtenir que celle d'en abattre un seul ». Les textes n'ont jamais dit cela, mais il fallait bien penser au-delà.

Il en dit encore davantage depuis l'« à moins que », le concevant comme l'annonce d'une exception à la protection de la biodiversité. Qualifier ainsi « à moins que l'absolue nécessité et l'intérêt général ne le commandent » lui permet d'inférer la nécessité d'une interprétation restrictive de cet énoncé<sup>774</sup>. Dès lors, la conjonction “et” doit être interprétée littéralement : les conditions de nécessité absolue et d'intérêt général sont cumulatives, pas alternatives. Dès lors, l'argument du président du Syndicat, suivant lequel « l'intérêt privé est compris dans l'intérêt général », n'est plus suffisant. Même en concevant avec lui cette proposition comme règle, il faudrait aussi que l'abattage des arbres soit absolument nécessaire. D'ailleurs, toujours en vertu du caractère principal de la protection de la biodiversité, le contrôle de cette nécessité absolue doit être opéré *in concreto*. Il doit prendre en compte les caractéristiques du projet professionnel et s'il est bien empêché par la présence des arbres. Pour l'homme au chapeau, cela revient à dire qu'il est « interdit à un vignoble d'abattre cinq arbres dont un spécimen rare, alors que celui-ci pouvait s'établir ailleurs ou démarrer une activité lucrative plus satisfaisante à l'intérêt général que la production d'alcool », proposition qui, conçue comme une règle, conduit chacun à *dire* (b) : “le juge doit en l'espèce refuser à l'intéressé de délivrer l'autorisation qu'il demande”, et au juge à *faire* (b) : refuser à l'intéressé de délivrer l'autorisation qu'il demande. Les textes n'ont jamais dit cela, mais il fallait bien trouver une solution.

**161. Responsabilité et engagement discursifs de l'homme au chapeau.** - L'homme au chapeau nie-t-il la responsabilité qu'il contracte à l'égard de ses propositions quand il les impute à « l'objet », le droit positif ? Voyons-y, par charité, l'exagération de son intention à ce que ses propositions soient en accord avec ce que les autorités (constituant, législateur, juge) ont auparavant affirmé, institué. Cette intention est compréhensible si l'on concède que le juge doit avoir une jurisprudence cohérente et qu'il a l'obligation d'appliquer à la fois les textes législatifs et les textes constitutionnels. Pour l'homme au chapeau, il s'agit simplement d'appliquer comme des règles les propositions qu'il soutient par une argumentation dogmatique. Jamais, en tout cas, il n'aura enfreint « la loi de Hume » – selon laquelle on ne peut pas logiquement inférer d'un être (*is, sein*) un devoir-être (*ought, sollen*) sans commettre un dangereux sophisme<sup>775</sup>. Le droit qui *est*, qu'il appelle le droit positif, consiste précisément

<sup>774</sup> M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, Université Panthéon-Assas, thèse, 2007.

<sup>775</sup> Ronald Dworkin tient le même raisonnement concernant la morale : « la morale est un domaine de pensée indépendant. Le principe de Hume – qui est lui-même un principe moral – est un bon principe : tout argument en faveur d'une affirmation morale, ou opposé à une affirmation morale, doit lui-même comprendre ou présupposer d'autres affirmations ou d'autres hypothèses morales », R. Dworkin, *Justice pour les hérissons* (2011), trad. de l'anglais par J. E. Jackson, Labor et fides, coll. Le champ éthique, 2015, p. 115. Voir également John Finnis en défense du droit naturel de Saint Thomas d'Aquin par la

en ce que le juge *doit* décider, sauf à admettre qu'il peut tout s'il le souhaite, idée scandaleuse si l'on se soucie un tant soit peu de l'administration de la justice. La naturalisation de ce qu'il cherche, le droit positif, obscurcit le fait que la relation entre "comment le juge doit penser et agir ?" et ce que les juristes appellent "droit positif" est une relation de question à réponse.

Ainsi, l'homme au chapeau participe à la discussion juridique. Lui et les autres participants échangent des arguments, s'opposent des principes, sont d'accord, en désaccord, et parfois, peut-être, se comprennent mal. Si pourtant la séquence discursive n'est pas qu'une suite de *quiproquo*, c'est qu'ils parlent ensemble de la même chose et qu'ils s'inquiètent du même problème. Et les interactions sont nombreuses. Sa conclusion est la même que celle de l'écologiste, mais en contradiction avec celle du président du Syndicat. Il est, vis-à-vis des autorités, en accord avec ce que disent les textes qu'il interprète, à part avec la décision "Genêts", dans laquelle il repère, contre ses propositions, une interprétation restrictive du terme "arbre". Sur le cas du vigneron, sa relation discursive avec le juge est intense. Le considérant n° 14 sonne comme une réponse à ses considérations méthodologiques sur l'interprétation des textes : « [...] 14. Considérant, dans la mesure où l'article 8 de la Constitution proclame une interdiction, que celui-ci ne saurait, dans une société libre et démocratique, faire l'objet d'une interprétation extensive ; que, cependant, la dérogation prévue par le même article ne pourrait être conçue de façon si large qu'elle mettrait à mal les intérêts vitaux défendus par l'interrogation de principe et le mécanisme d'autorisation mis en place ». Les conséquences sur l'interprétation de la conjonction "et" divergent donc également : « 15. Considérant ainsi, et contrairement à ce que pourrait laisser entendre l'article 8 de la Constitution, que la conjonction "et" qu'il contient n'implique pas que les conditions de nécessité absolue et d'intérêt général soient cumulatives ; qu'il suffit au contraire au demandeur de l'autorisation de prouver soit l'absolue nécessité pour son propre intérêt, soit la simple nécessité pour l'intérêt général ».

Pas d'étonnement, car son intervention a été publiée, donc les juges y ont eu accès. Il leur fallait contre-argumenter pour convaincre cet homme bien rigoureux et ceux dont il avait emporté la conviction. En retour, parce que la décision de justice elle aussi a été publiée et que l'homme au chapeau y a eu accès sans contrainte ni modification, la discussion pouvait reprendre. Par son commentaire, le match discursif de l'adresse et de la réplique continue. Il prend acte du désaccord et persiste dans sa conception, qualifiant l'interprétation du juge de « quasi-réécriture » de la Constitution. Il partage ses doutes sur la légitimité du juge à revisiter ainsi les dispositions constitutionnelles. Il soulève, à cette occasion, la question

---

démonstration que les « premiers principes du droit naturel » ne dérivent pas d'un fait : « Ils ne s'infèrent ni ne dérivent de rien. Les principes du bien et du mal, eux, dérivent des principes fondamentaux et pré-moraux de la raison pratique, non de quelque fait que ce soit », J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2011, pp. 33-34.

constitutionnelle de l'autorité judiciaire et du risque d'un « gouvernement des juges »<sup>776</sup>. D'un autre côté, il concède les bénéfices à tirer de la conception retenue. La distinction fonctionnelle<sup>777</sup> entre intérêt général et intérêt privé rejette opportunément l'idée selon laquelle l'intérêt privé serait une composante de l'intérêt général. Cette théorie, en effet, « aurait rendu juridiquement impraticable le concept d'intérêt général », ce qui aurait considérablement mis à mal l'effectivité du principe de protection de la biodiversité. Enfin, s'essayant à l'application de la nouvelle distinction sur des cas imaginés, l'homme anticipe les cas difficiles et les éventuelles questions dont les réponses, si elles se posent effectivement, seront débattues, à l'école comme au palais. L'homme s'y engagera à nouveau, ne serait-ce qu'indirectement, par ses deux publications et par l'entremise des références et des citations. Ses textes parleront pour lui.

Le personnage, que l'on suppose de bonne foi, fournit une présentation trompeuse de ce qu'il fait. Sa remarque est déplacée quand il méprise les deux intervenants précédents, les accusant d'idéologie, d'idées subjectives tout en s'estimant, lui, scientifique et donc neutre, objectif. C'était inutile. Il est, sans nul doute, meilleur juriste que ceux qui l'ont précédé. Ses talents argumentatifs et sa maîtrise de la langue juridique le rendent pour ainsi dire plus compétitif dans le tir à la corde de la discussion juridique. Mais son cas est-il représentatif de ceux qui, dans le monde réel – le nôtre –, prétendent décrire – et seulement décrire – le droit positif ? La requalification de ce qu'il prétend être une description en participation à la discussion juridique conduit à faire l'hypothèse de sa généralisation. Selon elle, tout ce qu'on prétend être une description du droit positif est requalifiable en participation à la discussion juridique.

---

<sup>776</sup> L'expression « trouve son origine chez un juge américain qui lance la formule dans les années 1910 pour désigner la prépondérance des juges sur les deux autres branches du pouvoir, législative et exécutive », G. Timsit, « L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLV, n° 138, 2007, p. 104. Elle est très vite importée en France par l'ouvrage d'Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, rééd. préf. par F. Moderne, Dalloz, 2005. Voir aussi S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

<sup>777</sup> Selon le doyen Vedel, les notions fonctionnelles « permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elles constituent des notions "ouvertes", prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur », G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *Semaine juridique*, 1948, I, n° 682. Voir, pour une critique de l'idée de notion fonctionnelle, G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 641-657.

## §2. La requalification générale des descriptions du droit positif en participation à la discussion juridique

**162. Décrire le droit positif, c'est plaider.** - « Qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui c'est choisir »<sup>778</sup>. La thèse, appliquée au chercheur en droit, est incompatible avec le positivisme juridique. Pour un scientifique, défendre une cause est tout simplement hors de question. Il n'est ni militant, ni syndicaliste. La position du scientifique est *neutre*, équidistante de tous les bords ; son statut impliquerait, respecté comme il le devrait, la répulsion magnétique des intérêts en jeu. Pourtant, répète Christian Atias, « le savoir juridique ne peut être descriptif »<sup>779</sup> : « Le juriste compétent qui expose et décrit savamment les dispositions légales et positions prétoriennes sur telle difficulté, traite d'une question. Ce dont il est question, c'est cette difficulté. Ce qui est en question, c'est le droit qui va guider le raisonnement à élaborer »<sup>780</sup>.

Des habitudes de pensée se dressent et empêchent l'acceptation résolue de l'hypothèse herméneutique. La première incite à imaginer un espace entre la répétition du texte et l'engagement herméneutique envers ce dont il est question dans le texte. Elle occulte alors que le chercheur en droit, ne pouvant se résoudre à l'itération du déjà dit, crée l'argument juridique comme les avocats et les juges le font quotidiennement, et qu'il les pourvoit ainsi en nouvelles raisons (A). La seconde protège la thèse de la descriptibilité du droit en faisant croire à la validité d'exemples triviaux alors qu'ils sont aussi les plus insignifiants, et qu'on ne rend jamais justice à une pratique en l'éclairant d'une lumière blafarde (B). La dernière, en mortifiant comme *fait* et *posé* ce qui est toujours-en-train-de-se-faire, entretient l'illusion des controverses closes, comme si « le combat pour le droit »<sup>781</sup> pouvait prendre fin. Nous le supposons pourtant condamné à la perpétuité (C).

### A. L'inexistence d'un espace entre répétition et engagement herméneutique

**163. Ne pas trop en dire.** - La première objection pourrait être la suivante : ce que fait le personnage du récit n'est pas représentatif de ce que font les chercheurs les plus rigoureux lorsqu'ils décrivent le droit car, en l'espèce, il en a trop fait, trop dit. Il ne pourrait prétendre décrire le droit positif car celui-ci ne contient pas toutes les informations qu'il a formulées. Il s'est écarté de la norme épistémologique : il fait de la « doctrine », c'est-à-dire du

<sup>778</sup> M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, nouv. éd., coll. Philosophie du droit, 1962, p. 292.

<sup>779</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, op. cit., p. 167.

<sup>780</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>781</sup> R. Ihering, *Le combat pour le droit*, trad. de l'allemand par A. F. Meydieu, éd. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

droit, et non de la « science du droit ». Il n'est donc pas un exemple probant de ce que décrire le droit positif revient à traiter la question de ce que le juge doit décider.

Il lui aurait été possible d'en dire moins, naturellement. Il pouvait s'abstenir de tirer les conséquences ultimes de son raisonnement, terminer son intervention de façon étrange et elliptique, par une aporie ou l'aveu d'une décision fort complexe. Mais s'il fallait ne prendre aucun risque, répéter les textes était sans doute l'attitude la plus efficace, à moins de se taire. Il aurait pu à la limite les reformuler sans ajout majeur pour rendre leur lecture plus confortable, comme cela peut être utile quand les textes sont mal écrits ou dont les formules sont désuètes. Faut-il, pourtant, se convaincre que ce genre d'actes constitue le cœur de la performance intellectuelle des chercheurs en droit, ou bien ce qu'il leur faudrait idéaliser ? Si on admet qu'une activité intellectuelle fait advenir un surcroît de sens, qu'elle réalise la connaissance de ce qui était jusqu'alors inconnu, il faut saisir la possibilité d'une description qui ne soit pas une stricte répétition des textes officiels sans, toutefois, qu'elle n'en dise plus que ce qu'est vraiment le droit positif. Ce serait, sinon, excéder ce qu'il est possible d'affirmer objectivement. Ce serait commettre, comme on dit, un acte de volonté en lieu et place d'un acte de connaissance.

**164. Exemple de la systématisation.** - Pourquoi le chemin de crête entre la répétition et l'engagement interprétatif excédant ce que recouvre une prétention descriptive semble-t-il si périlleux, si difficile à emprunter ? Le problème est que nous sortons de la répétition d'un texte en l'interprétant, et qu'interpréter un texte juridique conduit à concevoir un argument juridique. L'interprétation d'un texte juridique est, pour les juristes, un *coup dans le jeu* destiné à fournir un argument au soutien ou en contradiction d'une conclusion en droit. De surcroît, l'interprétation déploie un appareil de raisons car elle-même a besoin d'être justifiée.

C'est le cas lorsqu'il est question d'interpréter plusieurs textes et qu'il s'agit de leur trouver une systématisme ou, au contraire, une incohérence. Si nous disons que les décisions (x), (y) et (z) sont cohérentes entre elles, c'est que nous trouvons à la décision (z) le *bénéfice* d'être en cohérence avec les décisions (x) et (y). Si, comme les juristes, nous sommes disposés à faire preuve de raison pratique, la démonstration de cette cohérence est elle-même une bonne raison de préférer (z) à non-(z). L'argument du précédent, au centre de l'argumentation juridique, exhibe la même logique : il s'agit d'affirmer que le juge doit décider (z) plutôt que non-(z) parce que les décisions précédentes étaient (x) et (y), pas non-(x) ni non-(y). Mais dire simplement que (x), (y) et (z) sont cohérentes entre elles n'a jamais convaincu personne. Il faut argumenter la systématisme – ou la contradiction – pour affirmer la cohérence – ou l'incohérence – de plusieurs propositions.

*La directrice de l'école, effarée, rapporte à une mère que son fils aîné a frappé un de ses camarades simplement parce qu'il se trouvait sur son passage. Celle-ci le punit sans hésitation. Peu après, elle apprend que sa fille, elle aussi, a frappé un autre enfant, mais parce qu'il lui avait subtilisé un jouet. Elle hésite, puis lui inflige la même sanction qu'à son frère. Son dernier garçon revient de l'école et raconte qu'il a frappé un autre enfant parce qu'il s'était moqué de lui et de son visage joufflu. La mère, cette fois, décide de ne pas punir son enfant.*

Si nous disons que les trois décisions de la mère sont cohérentes entre elles, il faudra expliquer pourquoi, trouver la *ratio decidendi* qu'elles partagent<sup>782</sup>. Il faudra, par exemple, défendre l'idée synthétique selon laquelle "il est interdit de frapper un autre enfant, sauf si celui-ci s'était comporté de façon insultante" ou bien "les actes de violence sont permis pour défendre son honneur". Il faudra, devant le scepticisme de nos interlocuteurs, expliquer pourquoi s'être fait subtiliser un jouet n'est pas insultant. Très vite, il nous sera demandé une conception de l'honneur susceptible de justifier les trois décisions en même temps, et elle devra prendre les traits d'une conception raisonnable de l'honneur. Elle devra être capable de rejeter de son périmètre de justification certains cas controversés. Si, au contraire, nous estimons que ces trois décisions ne forment pas système, c'est que nous rejetons cette théorie de l'honneur, et il faudra motiver ce rejet. Il faudra, par exemple, expliquer qu'il n'y a aucune bonne raison de punir la deuxième sans punir le dernier. Dire que des actes (linguistiques ou non) forment système ou qu'ils sont incohérents revient par conséquent soit à donner au moins une raison qui les justifie tous, soit à critiquer le fondement d'au moins un de ces actes.

Systematiser des règles ou des décisions n'est pas décrire le droit positif, c'est développer de nouveaux arguments juridiques, c'est en dire plus que les autorités. C'est donner des raisons du même ordre que celles que ces autorités auraient pu elles-mêmes avancer pour justifier leurs propres décisions, ou que l'avocat d'une partie impliquée dans un cas analogue à ces décisions pourrait invoquer dans son argumentation. Si son quatrième enfant se comporte lui aussi d'une façon violente, il pourrait mobiliser la théorie de l'honneur pour l'appliquer à son cas et soutenir qu'il ne doit pas être puni. Il devient alors difficile d'imaginer un acte de langage présenté comme description du droit qui ne soit pas en réalité requalifiable en participation à la discussion portant sur la façon dont la mère doit traiter les cas. On pourrait bien sûr encore objecter qu'il en a été trop dit, et que l'on ne peut pas systématiser les décisions de la mère par le concept d'honneur, à moins qu'elle-même n'ait exprimé cette raison. Si elle n'a rien dit de ce genre, il faut suspendre son jugement sur la cohérence de ses décisions. Reprenons : il devient alors difficile d'imaginer qu'un acte de

---

<sup>782</sup> Voir J. Stone, « The ratio of the ratio decidendi », *Modern Law Review*, vol. 22, n° 6, novembre 1959, pp. 597-620 ; A. L. Goodhart, « The ratio decidendi of a case », *Modern Law Review*, vol. 22, n° 2, mars 1959, pp. 117-124 ; L. Tammelo, « La ratio decidendi et la règle de droit », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 123 et s.

langage présenté comme description du droit ne soit requalifiable ni en participation à la discussion portant sur la façon dont le juge doit traiter les cas, ni en répétition de ce que disent les autorités.

## B. Le sophisme de la trivialité

**165. Raz et Dickson sur la distinction entre description et évaluation.** - Joseph Raz maintient pourtant l'idée d'un « point de vue détaché » (*detached*) duquel est possible de décrire le droit positif sans pour autant s'engager ni adhérer au droit<sup>783</sup>. Il trouve important d'admettre cette possibilité parce qu'il comprend « l'engagement » (*commitment*) et « l'adhésion » du point de vue interne hartien comme un engagement moral (*moral endorsement*) à l'égard des décisions prises par les autorités, une adhésion morale au droit positif<sup>784</sup>. Joseph Raz propose une alternative tierce aux points de vue interne et externe, un « point de vue interne détaché » (*detached*)<sup>785</sup>, perspective « oblique »<sup>786</sup> de laquelle on concevrait, à l'instar des juristes, les propositions exprimées par les autorités comme des règles et des raisons d'agir pour le juge, mais sans toutefois les tenir véritablement comme telles, sans « traiter les règles comme des règles »<sup>787</sup> mais comme des objets sémantiques à décrire. Nous pourrions, par l'adoption du point de vue interne détaché – que Raz oppose au

<sup>783</sup> Pour Raz, le point de vue juridique détaché est caractéristique d'une situation où « une personne conseille ou informe une autre de la situation normative dans des contextes où il est clair que le conseil ou l'information est fourni d'un point de vue ou sur la base de certaines hypothèses qui ne sont pas nécessairement partagés par le locuteur », J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2009, p. 156. Il rejoint donc Kelsen, mais aussi Hart : « Le théoricien du droit faisant oeuvre descriptive peut comprendre et décrire la perspective interne qu'adopte le membre à l'égard du droit, sans l'adopter ni la partager », « Postface », in *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 260.

<sup>784</sup> « Il me semble impossible de résister à la conclusion selon laquelle la plupart des affirmations juridiques internes ou engagées (*internal or committed legal statements*), surtout celles à l'égard des droits et devoirs d'autrui, sont des affirmations morales (*moral claims*) », J. Raz, « The Purity of the Pure Theory », *Revue Internationale de philosophie*, vol. 35, n° 138, 1981, pp. 454-455 ; J. Raz, « Hart on Moral Rights and Legal Duties », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 1, 1984, pp. 130-131. Voir l'analyse détaillée de Kevin Toh, « Raz on Detachment, Acceptance and Descriptability », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 3, 2007, pp. 403-427.

<sup>785</sup> « Raz veut démontrer que les affirmations internes détachées ne sont réductibles ni à des affirmations internes engagées, ni à des affirmations externes », *ibid.*, p. 413. Selon Raz, les affirmations détachées « fournissent le cadre pour une solution au problème en expliquant le type d'affirmations normalement exprimées par l'usage du langage normatif ; cette explication n'a pas pour objet le comportement ou les croyances, mais les droits et devoirs, sans néanmoins être des affirmations internes », « The purity of the Pure Theory », *op. cit.*, p. 307. Hart y souscrit pleinement : « Dans les termes de la distinction de Raz, ces affirmations sur les obligations et devoirs juridiques sont "détachées", alors que ces mêmes affirmations, mais exprimées par ceux qui acceptent la règle sont "engagées". Bien sûr, ceux qui expriment de telles affirmations doivent comprendre le point de vue de ceux qui acceptent la règle, ainsi leur point de vue peut-il être nommé "herméneutique". De telles affirmations détachées constituent un troisième type d'affirmations à ajouter à ceux (affirmations internes et externes), que j'avais déjà distinguées », H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.* p. 14.

<sup>786</sup> K. Toh, « Raz on detachment... », *op. cit.*, p. 413.

<sup>787</sup> S. J. Shapiro, « The Bad Man and the Internal Point of View », in S. J. Burton (dir.), *The legacy of Oliver Wendell Holmes: "The Path of The Law" and its Influence*, Cambridge University Press, 2007, p. 202.

« point de vue interne engagé » (*committed*) –, décrire une raison, une règle, sans à chaque fois les tenir pour une bonne ou une mauvaise raison d’agir, une bonne ou une mauvaise règle à suivre. Nous pourrions comprendre les règles juridiques, puis parler d’elles, et en restant simple observateur, spectateur du droit positif<sup>788</sup>, comme s’il n’était jamais question de l’infléchir ou de lui donner le contenu qu’il convient.

D’une façon analogue, Julie Dickson entend sécuriser l’espace de la description objective du droit positif en distinguant l’évaluation morale et l’évaluation épistémique. C’est une chose de dire « comment est le droit positif aujourd’hui » – et d’évaluer la validité d’une thèse adverse portant sur ce même point –, une autre de dire si le droit positif est moralement *bon* ou *mauvais*. Décrire une règle ou une raison d’agir doit pouvoir être distingué de l’évaluation morale de la règle ou de la raison d’agir<sup>789</sup>. Joseph Raz et Julie Dickson tiennent à la descriptibilité du droit parce qu’ils l’opposent à son évaluation, dans la ligne de la distinction entre jugement de fait, neutre et objectif s’il est réussi, et jugement de valeur, nécessairement subjectif et engagé. C’est la raison pour laquelle, bien que la controverse puise en partie son intérêt dans la nécessité d’une distinction entre le droit et la morale, Raz et Dickson tiennent les mêmes arguments pour la descriptibilité du droit et celle de la morale. Il s’agit, avant tout, de faire le départ entre rendre compte d’une règle (juridique ou morale) et évaluer la règle, entre le contenu d’une règle et sa valeur. En d’autres termes, Raz et Dickson tiennent pour principe la proposition d’Austin : « que le droit existe est une chose, et son mérite ou son démerite en est une autre »<sup>790</sup>.

**166. L’exemple du végétarien.** - Pour démontrer cette thèse, Raz analyse l’hypothèse où l’ami d’un végétarien dit à celui-ci qu’il ne peut, en tant que végétarien, manger tel plat, car il contient de la viande<sup>791</sup>. Quand il le lui annonce, il n’adhère en rien. Il ne prend pas parti *pour* ou *contre* le végétarisme. Il peut très bien trouver cette pratique alimentaire stupide ou bizarre comme il peut être végétarien lui aussi. Rien n’empêche que « si on est végétarien, on ne doit pas manger de plat contenant de la viande » est une proposition vraie et qu’elle correspond effectivement à la signification réelle du végétarisme. « Être végétarien est une raison de ne pas manger un plat contenant de la viande » et « si une personne est végétarienne, alors elle ne doit pas manger de viande » sont des énoncés exprimant des propositions vraies, et les énoncer n’est pas participer activement à l’élaboration du système de raisons et de règles de l’éthique végétarienne. Nous ne prendrions pas parti ni en la justifiant, ni en la critiquant. C’est une stricte description, neutre et objective, du végétarisme

<sup>788</sup> F. Ost et M. van de Kerchove, « De la scène au balcon. D’où vient la science du droit ? », *op. cit.*, pp. 67-80. Voir John Dewey sur sa critique pragmatique de la « théorie contemplative de la connaissance » (*spectator theory of knowledge*), J. Dewey, *La quête de certitude. Une étude de la relation entre connaissance et action* (1929), trad. de l’anglais par P. Savidan, NRF-Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2014.

<sup>789</sup> J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart publishing, 2001.

<sup>790</sup> J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge University Press, 1995, p. 157.

<sup>791</sup> J. Raz, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, pp. 175-176.

en tant que système normatif, sans engagement ni adhésion. Si nous suivons Julie Dickson, la question de savoir si l'on doit être végétarien ou si c'est une idée stupide, c'est-à-dire la question de savoir si être végétarien est une *bonne* ou une *mauvaise* raison de ne pas manger tel ou tel plat, est une question d'évaluation morale qu'il faut concevoir séparément. Une évaluation succède à une description, car il faut bien que ce soit l'évaluation de quelque chose, de sorte qu'il est aussi possible de s'en tenir à la description seule. Nous pourrions alors distinguer deux types d'actes de langage :

*Description objective du végétarisme :*

« si une personne est végétarienne, alors elle ne doit pas manger de viande » ; *ou*

« être végétarien est une raison de ne pas manger de viande » ;

*Évaluation morale du végétarisme :*

« être végétarien est une idée stupide » *ou, au contraire,*

« être végétarien est une très bonne raison de ne pas manger de viande ».

La démonstration est d'une simplicité imparable. L'énoncé « si une personne est végétarienne, alors elle ne doit pas manger ce plat car il contient de la viande » est l'application conforme du végétarisme, si sa maxime d'action constitutive est bien celle de ne pas manger d'animaux. Difficile, sans tordre les mots, d'y voir un soutien ou une critique du végétarisme. La validité de l'exemple est cependant bien fragile, car une fois résolue la question de savoir si tel plat contient de la viande – ce qui est une question de fait ou de grammaire, non de morale –, personne ne se demanderait si un végétarien peut le manger ou non. Aucun végétarien sain d'esprit ne poserait cette question à quiconque. Le défaut de l'exemple, à savoir sa simplicité désarmante, n'est pas si rare en théorie du droit quand il s'agit de démontrer la descriptibilité des règles<sup>792</sup>. S'il nous est effectivement difficile de prétendre que l'ami du végétarien, en exprimant sa réponse, participe à la discussion morale concernant ce que les végétariens ne *doivent* pas manger, ce n'est pas tant parce qu'il se contente d'une description, mais parce qu'aucune discussion portant sur la question de savoir si un végétarien peut manger de la viande ne peut être sérieusement envisagée : l'énoncé est trivial<sup>793</sup>. La réponse présentée par l'ami n'est pas une description de la raison végétarienne

<sup>792</sup> « Ainsi, un énoncé tel que : “en vertu du code de la route, les automobilistes doivent s'arrêter au feu rouge” est descriptif et externe. Il ne prescrit rien en lui-même et ne décrit pas non plus une pratique mais une norme sans pour autant adhérer à la norme en question », P. Brunet, « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », *Réalisme, interprétation, transgression*, Larcier, 2012, p. 401.

<sup>793</sup> « Un raisonnement est trivial, ou plutôt s'appuie sur un énoncé trivial dès lors qu'il invoque un point que personne ne songerait à remettre en question. Est frappé de trivialité l'argument reposant sur l'idée qu'il est *mal* de mal faire. Par exemple, qu'il est mauvais d'être trop strict ou trop laxiste : le mot *trop* contient déjà la condamnation. N'importe quel énoncé commençant par *Il est mauvais de trop + verbe* sera vrai.

mais une réponse *indiscutable*, « qui s'impose avec évidence au point d'exclure la discussion »<sup>794</sup>.

Dworkin a montré que c'est en prenant l'exemple de cas difficiles que l'on saisit la pratique des juges<sup>795</sup>, et il pourrait en être de même pour comprendre toute pratique : « une mer calme n'a jamais fait un bon marin »<sup>796</sup>. Ainsi, les internationalistes ne publient pas pour affirmer que la France est un État en droit international, pas plus qu'il n'existe d'ouvrage écrit par un pénaliste pour nous assurer que l'homicide volontaire est un crime selon le Code pénal français. Que les plus étrangers à cette littérature se rassurent, les chercheurs en droit se confrontent à des questions dignes d'être posées, d'autant que les questions auxquelles ils répondent sont, en général, celles dans lesquelles ils ont fait le choix de se plonger.

Il faut donc modifier l'exemple pour que la question posée devienne intéressante. Par exemple : si le végétarien demande à son ami s'il peut manger des insectes, quelle réponse cet ami pourra-t-il lui donner ? Voici quelques possibilités :

- (a) Tous les insectes sont des animaux et un végétarien ne mange rien d'animal, donc il est interdit de manger des insectes si on est végétarien ;
- (b) Si on est végétarien pour infléchir les conséquences environnementales de l'industrie agro-alimentaire, il faut montrer l'exemple et manger des insectes parce que l'entomophagie est une solution prometteuse contre les ravages de l'industrie carnée : l'élevage d'insectes, par rapport à l'élevage de vaches ou même de poulets, est très peu coûteuse en espace et en énergie en proportion des protéines produites ;
- (c) Si on est végétarien pour s'opposer à la souffrance animale, il est permis de manger des insectes car ils n'ont pas de systèmes nerveux et ne ressentent pas la douleur ;
- (d) Si on est végétarien pour s'opposer à la souffrance animale, il faut éviter de manger des insectes car, même s'ils n'ont pas de systèmes nerveux, il n'est pas sûr qu'ils ne ressentent pas la douleur ; en fait, nous savons seulement qu'ils ne ressentent pas la douleur de la même façon que nous ;
- (e) L'existence de ce dilemme montre bien l'absurdité du végétarisme ;

---

Comme il ne transmet aucune information, il est trivial. » S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> édition, 2017, Ch. 3 : « Les erreurs de raisonnement », p. 70.

<sup>794</sup> *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, entrée « Indiscutable », n° 1, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.atilf.fr/tlfi>

<sup>795</sup> R. Dworkin, « Les cas difficiles », *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. de l'anglais par M.-J. Rossignol, F. Limare et F. Michaut, PUF, coll. Léviathan, 1995, pp. 153-213.

<sup>796</sup> « A smooth sea never made a skilled sailor », proverbe anglais attribué à Franklin D. Roosevelt.

- (f) Il n’y a aucune réponse claire à cette question ; un végétarien peut donc décider de faire comme bon lui semble, selon ses propres convictions.

La nouvelle question ouvre un éventail de réponses possibles. Castoriadis le remarquait à propos de l’économie : « Hormis les cas triviaux, une pluralité des fins fait immédiatement surgir la question de la comparabilité ou de la commune mesure de ces fins, donc d’une évaluation »<sup>797</sup>. On voit, dans notre cas, que toutes les réponses expriment une conception particulière du végétarisme et qu’elles suggèrent, au moins pour certaines, une conception de la morale<sup>798</sup>. Aucune de ces réponses n’est indiscutable et, symétriquement, aucune ne peut être présentée comme la description d’un objet, la règle déjà-là du végétarisme, dans la mesure où cette règle est justement en train d’être discutée. Aucune de ces réponses ne pourrait se prévaloir d’un avantage méthodologique sur les autres : ni la réponse (a), sous prétexte qu’elle serait une interprétation littérale de la définition de “végétarisme”, ni la réponse (f), sous prétexte de mimer une suspension de jugement, dans la mesure où les deux constituent, comme les autres, des réponses conduisant à l’adoption d’une attitude déterminée face à un plat d’insectes. Au contraire d’une réponse indiscutable à une question triviale, les réponses proposées peuvent être conçues comme des participations à la discussion morale portant sur ce que doivent faire les végétariens et sur la question de savoir si c’est une bonne idée d’être végétarien. Aussi brèves, elles resteront peu convaincantes. Pour qu’elles soient prises au sérieux, il faudra les soutenir par une argumentation étayée. Dans ce cas, chacune (ou un subtil arrangement de plusieurs d’entre elles) serait passible de constituer un article à publier dans une revue d’éthique comme *Les cahiers antispécistes*<sup>799</sup> ou *Between the species*<sup>800</sup>, après Jeffrey Lockwood et son « “Ne pas faire de mal à une mouche”. Nos obligations morales envers les insectes »<sup>801</sup>. Cette contribution ne pourra pas être présentée comme la description objective d’une chose telle que « le végétarisme positif », mais comme une participation à la discussion morale sur notre régime alimentaire. Écrire pareil

<sup>797</sup> C. Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », in *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, Seuil, Points Essais, 1978, p. 247.

<sup>798</sup> Notamment les réponses (b), selon laquelle être moral signifie aussi être exemplaire et (f), selon laquelle en l’absence d’un large consensus sur une règle, l’individu moral doit se recueillir dans l’intimité de son for intérieur.

<sup>799</sup> « *Les Cahiers antispécistes* sont une revue créée en 1991 dont la vocation fut définie ainsi par ses fondateurs : “remettre en cause le spécisme et explorer les implications scientifiques, culturelles et politiques d’un tel projet”. Plus généralement, elle aborde toute sorte de sujets en rapport avec les animaux », Présentation de la revue sur son site internet, URL [consulté le 7/10/2018] : [www.cahiers-antispécistes.org/presentation-de-la-revue/](http://www.cahiers-antispécistes.org/presentation-de-la-revue/)

<sup>800</sup> « *Between the Species* est une revue électronique consacrée à l’examen philosophique de la relation entre les êtres humains et les autres animaux. La plupart de ses articles sont des réflexions éthiques, mais d’autres abordent la métaphysique, l’épistémologie et d’autres domaines de la philosophie », selon sa présentation sur [digitalcommons.calpoly.edu/bts/](http://digitalcommons.calpoly.edu/bts/).

<sup>801</sup> J. A. Lockwood, « “Ne pas faire de mal à une mouche”. Nos obligations morales envers les insectes » (1988), trad. de l’anglais par L. Dervaux, *Les cahiers antispécistes*, n° 23, décembre 2003.

article serait, en compagnie de Jeffrey Lockwood, *faire de la morale*, c'est-à-dire s'intéresser et répondre à la question de savoir comment mener une bonne vie.

**167. L'exemple de l'anarchiste.** - La démonstration par l'exemple du végétarien est analogue à celle construite sur le cas du chercheur en droit anarchiste. En philosophie du droit, cette hypothèse a souvent été exploitée pour démontrer qu'il est envisageable, en dépit de l'adhésion à une philosophie politique radicale, de décrire le droit positif tel qu'il est<sup>802</sup>. Le chercheur en droit anarchiste ne compromettrait pas ses convictions s'il affirmait que « selon le droit positif, si on achète un bien, alors on en acquiert la propriété exclusive ». Il se contenterait simplement de décrire le droit positif et commettrait une erreur en affirmant le contraire. Il peut évaluer dans un second temps cette règle et dire qu'il s'agit d'une *mauvaise règle* parce que « la propriété, c'est le vol », mais il peut aussi s'en tenir au premier temps de la description neutre du droit positif :

*Description objective du droit de propriété :*

« Selon le droit positif, si on achète un bien, on en acquiert la propriété exclusive » ;

*Évaluation morale du droit de propriété :*

« Il s'agit d'une mauvaise règle car le droit de propriété est un instrument idéologique de domination de quelques-uns sur beaucoup d'autres. »

Il faut, comme à l'égard de l'exemple précédent, protester contre la simplicité de l'énoncé : « selon le droit positif, si on achète un bien, on en acquiert la propriété exclusive » est une affirmation triviale qu'aucun individu n'affirmerait sans prélude ni suite. Il est toutefois certain qu'elle peut figurer dans l'article d'un chercheur en droit, parmi d'autres énoncés moins évidents. Dans ce contexte, quel serait l'intérêt d'une phrase aussi banale ? Dans le registre de la grammaire et de l'analyse des discours, nous sommes en présence d'un cas de discours rapporté, d'une citation, et donc d'un contexte d'intertextualité<sup>803</sup>. « Selon le droit positif, (x :) si on achète un bien, on en acquiert la propriété exclusive » constitue une référence à ce qu'exprime le législateur. Cela revient à dire : « Le législateur dit que (x) ». La proposition « les autorités disent que (x) » n'est pas la description d'un objet, mais au contraire l'indice de l'engagement d'une discussion avec ces autorités sur x, en l'occurrence la façon dont on acquiert la propriété, que les autorités soient citées pour abonder dans leur sens et donner des raisons au soutien de leurs affirmations, pour considérer ce qu'elles expriment comme des règles et les appliquer à des cas difficiles, ou au contraire pour

<sup>802</sup> J. Dickson, *Legal Theory and Moral evaluation*, op. cit., p. 69 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 221.

<sup>803</sup> L. Rosier, *Le discours rapporté en français*, Ophrys, 2008.

argumenter qu'elles ont tort d'inviter les juges à considérer comme une règle la proposition qu'elles expriment pour traiter les cas qui se présentent à eux.

« Le législateur dit que (x) » est le premier indice que celui qui parle s'exprime en tant que juriste, car il s'agit, à chaque fois, de parler, en prenant appui sur le texte, de la chose dont il est question dans (x). Pour savoir ce que font les chercheurs en droit, nous ne pouvons pas nous en tenir aux citations qu'ils effectuent pour y voir quelque chose comme une description de sens. Il faut regarder ce qu'ils en font, ce qu'ils disent avec, *en vue de quoi* le texte est cité. Paraphrases et citations brutes ne reçoivent leur raison d'être énoncées qu'en vertu de ce qui les suit ou de ce qui les précède. Comme il est curieux d'imaginer l'anarchiste systématiser les décisions des autorités sur la propriété en leur trouvant une raison commune, appliquer le plus fidèlement possible ce que disent les autorités sur les éventuels cas difficiles, et sans jamais y glisser la moindre critique. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les analyses juridiques de Proudhon dans *Qu'est-ce que la propriété ?*, qu'il sous-titre en 1840 « Recherches sur le principe du droit et du gouvernement », et dans lequel il argumente dix propositions selon lesquelles la propriété est « impossible »<sup>804</sup>.

### C. L'illusion des controverses closes

**168. Recherche en droit et temps.** - Si, selon une dernière objection, l'homme au chapeau participe à la discussion et ne peut faire autrement, c'est parce qu'il s'est précipité dans l'arène et, de surcroît, dans un contexte hautement polémique. Son discours ressemble tant à des conclusions d'avocat parce qu'il intervient au moment où la décision n'est pas encore prise. Pour acquérir l'objectivité que l'on attend du savant, il lui aurait fallu prendre du recul, de la hauteur, maintenir une distance concrète, temporelle et même spatiale vis-à-vis de querelles profitant aux partis pris, à l'engagement et à l'expression d'intimes convictions. Ce ne serait qu'une fois les décisions prises que le chercheur en droit, au calme, pourrait procéder à l'analyse du droit positif. Il faut du temps pour que le droit soit *fait*, et pour qu'il puisse être décrit comme tel.

Cette objection met en lumière une divergence philosophique saisissante entre les conceptions scientifique et herméneutique de la recherche en droit dans leur appréhension de la temporalité du droit. La théorie de la science du droit conduit à concevoir le droit comme un objet-fait, déjà réalisé, tandis que le principe herméneutique invite à le saisir comme une activité en-train-de-se-faire, en cours de réalisation. Sous le régime du temps, l'idée du point de vue externe pourrait perdre ses allures métaphoriques. L'impératif d'extériorité et de

---

<sup>804</sup> P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?* (1840), Le livre de poche, coll. Classiques de la philosophie, 2009, pp. 285-364.

surplomb gagne en opérativité s'il se mue en exigence temporelle : la recherche en droit ne doit intervenir qu'*après* l'intervention des autorités et, pour ainsi dire, *après* le droit. « La chouette de Minerve ne prend son envol qu'à l'irruption du crépuscule », disait Hegel à propos de la philosophie<sup>805</sup>. De la même façon, la recherche en droit, dans sa conception scientifique, ne peut exercer son métier qu'une fois le droit *déjà fait*.

L'ontologie positiviste du droit – la définition du droit en vue d'une science du droit – montre ici des présuppositions dont elle ne fait généralement pas état. Parce qu'elle tient à une connaissance objective du droit, elle conçoit le droit comme un objet, comme quelque chose « qui est placé devant »<sup>806</sup>. Il lui faut concevoir le droit de façon « positive », prédicat assigné à « [ce] qui peut être posé, [ce] qui est de la nature du fait »<sup>807</sup>. Le droit, dans sa définition scientifique, est un objet fini au moment où on l'observe, déjà posé, déjà fait<sup>808</sup>. *Fini* et *fait*, compris sous leur acception temporelle plutôt qu'à travers la métaphore spatiale, conduit à ne voir le droit qu'au passé. De sa perspective, nous éprouvons en effet les pires difficultés à concevoir la juridicité au présent, en cours, « *ongoing* ». Si les lois sont, une fois adoptées, des normes juridiques, elles sont présentées, au moment de leur adoption, comme des actes politiques ou moraux. L'idée selon laquelle « le législateur fait du droit » devient bizarre et ambiguë, et l'on s'empressera de préciser qu'il n'exerce pas une activité juridique, mais *politique*. L'expression « faire du droit » sera donc considérée avec la plus grande suspicion comme la dissimulation d'une activité de nature différente : c'est seulement la norme, une fois faite, que l'on peut qualifier de « juridique ». C'est, si nous y prêtons attention, une idée étonnante : cela nous oblige à considérer, au moment où le juge dit, dans notre récit, « qu'il suffit au contraire au demandeur de l'autorisation de prouver soit l'absolue nécessité pour son propre intérêt, soit la simple nécessité pour l'intérêt général », que cette proposition n'est que l'expression de préférences politiques ou morales et non pas le fruit d'un travail juridique. Ce n'est qu'une fois dite que cette même proposition pourra être considérée comme ayant acquis sa juridicité. Prononcée par le juge, elle est devenue norme, atome de droit. L'autonomie du droit vis-à-vis de la politique ou de la morale n'est consacrée par le positivisme qu'*a posteriori* de l'action, une fois la décision prise et considérée comme un objet.

---

<sup>805</sup> G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (1820), trad. de l'allemand par J.-F. Kervégan, PUF, Quadrige, 1998, p. 108. « Pour dire encore un mot de l'*enseignement* qui dit comme le monde doit être, la philosophie, de toute façon, vient toujours trop tard pour cela. En tant que *pensée* du monde, elle n'apparaît dans le temps qu'après que l'effectivité a achevé son procès de culture et est venue à bout d'elle-même [...] C'est seulement dans la maturité de l'effectivité que l'idéal apparaît en face du réel et qu'il édifie pour lui-même ce même monde, saisi dans sa substance, sous la figure d'un règne intellectuel », *ibid.*, pp. 107-108.

<sup>806</sup> *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, entrée « Objet », étymologie et histoire, n° 5, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.atilf.fr/tlfi>

<sup>807</sup> *Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi)*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, entrée « Positif », n° 1, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.atilf.fr/tlfi>

<sup>808</sup> Emile Benveniste montre que, bien qu'elle soit passée dans l'usage, « la distinction de « poser » et « faire » ne répond pas à la réalité indo-européenne sous la forme tranchée qu'elle a pour nous », E. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, coll. Tel, 1966, p. 292.

De cette façon, une caractéristique importante du positivisme juridique demandant la description du droit est qu'il considère la position du chercheur en droit comme se trouvant *après*, et non pas *pendant* le droit.

**169. La discussion juridique à perpétuité** - Selon le principe herméneutique, le droit est une activité linguistique en-train-de-se-faire. En tant que telle, le droit est interminable. Il est une « conversation infinie » avec la réalité vécue et [...], comme tel, il s'oppose, en un « dialogue » permanent, au discours d'autorité qui marque si fortement sa conception formaliste et légaliste »<sup>809</sup>. Les juristes ne cesseront jamais la controverse sur ce que les juges doivent décider : « Ce combat durera tant que le droit aura à se prémunir contre les attaques de l'injustice, c'est-à-dire aussi longtemps que le monde »<sup>810</sup>. Cette perpétuité vaut déjà potentiellement pour une discussion juridique spécifique, comme celle de notre exemple. Une fois la décision prise, les juristes peuvent continuer à contester sa pertinence ou, au contraire, la corroborer en la justifiant par d'autres raisons que celles formulées par le juge, peut-être plus convaincantes, ce que les chercheurs en droit font quotidiennement dans leurs commentaires d'arrêt. Il est, de surcroît, des circonstances où la discussion juridique ne prend d'envergure qu'une fois la décision prise, comme ce fut le cas lors de la controverse autour de l'arrêt « Perruche », quand la Cour de cassation avait décidé qu'un enfant handicapé à la naissance par la faute d'une erreur médicale devait être indemnisé au titre d'un « droit à ne pas naître »<sup>811</sup>. Ce n'est qu'une fois l'arrêt publié qu'un débat s'est ouvert dans les revues juridiques<sup>812</sup> car personne n'avait, semble-t-il, envisagé une telle possibilité. De façon générale, une décision déjà prise peut toujours être discutée. On peut toujours affirmer que le juge aurait dû prendre une autre décision ou bien devait prendre cette décision, ceci ayant comme perspective l'idée que, dans un cas analogue à venir, le juge devra prendre une décision différente, ou bien une décision analogue. Atias réproouve ainsi la tendance à affirmer qu'une décision, fût-elle de principe, d'une juridiction, fût-elle suprême et réunie en assemblée plénière, clôt les débats sur la question de droit qu'elle traite : « Il n'y a pas de controverse close. Nul pouvoir institué de décider, d'imposer, ne peut éliminer les questions et les raisons envisagées pour statuer »<sup>813</sup>.

---

<sup>809</sup> S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, coll. Humanités, 2012, p. 285.

<sup>810</sup> R. Ihering, *Le combat pour le droit*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>811</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17 novembre 2000, n° 99-12.701.

<sup>812</sup> Y. Thomas et O. Cayla, *Du droit à ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, coll. Le débat, 2002.

<sup>813</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p. 229. « Le précédent ne pourrait valoir droit que dans la mesure où l'espèce nouvelle serait rigoureusement identique à celle qui y a donné lieu. Elle pourrait aussi donner l'occasion de « reprendre la question », de la voir sous un jour nouveau et, peut-être, de trouver une réponse plus appropriée, plus humaine, plus juste. », *ibid.*, p. 252.

Cette permanence discursive vaut *a fortiori* pour la discussion juridique prise en son sens le plus général : « Le droit se découvre dans des questions qui jamais ne s'éteignent »<sup>814</sup>. Il en est ainsi car même lorsqu'une nouvelle proposition ne souffre d'aucune contestation sérieuse, elle rencontrera souvent des difficultés d'application. La résolution de cas difficiles emporte souvent l'émergence de nouveaux cas difficiles, et donc de nouvelles questions de droit, de nouvelles controverses juridiques. Toute réponse est virtuellement « synonyme de questions, d'autres questions, encore non posées voire insoupçonnées »<sup>815</sup> : « Leur contenu ne peut être prévu ; leur existence est certaine. Elles seront posées et il faudra répondre en choisissant de s'inspirer des réponses antérieures, de les nuancer ou de les écarter. Elles seront travaillées en fonction des épreuves que des circonstances concrètes, révélées sous des aspects ignorés précédemment, des rapprochements divers, auront fait subir à la réponse donnée, mais aussi à la question primitive »<sup>816</sup>.

Dans notre récit, le juge semble réaliser un compromis satisfaisant entre les deux thèses en présence. Pourtant, en consacrant la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt privé, puis entre simple nécessité et nécessité absolue, il ouvre la voie à de nouvelles controverses portant sur l'application de ces distinctions, mais aussi sur leur pertinence. Le chercheur en droit, anticipant les cas difficiles et les controverses à venir, les étudie. Par là, il inspecte chaque recoin de la décision qui vient d'être prise ; s'il alerte de ses dangers, c'est parce qu'il sent déjà sourdre le scandale. La connaissance juridique, comme la connaissance scientifique<sup>817</sup>, ouvre peut-être l'espace aux questions plus vite qu'elle ne cristallise l'accord sur des réponses. Lorsque l'entente se réalise sur un point, il est à parier que les désaccords naîtront sur son fondement en nombre encore plus important, voire qu'ils en viendront à déstabiliser l'assise de la thèse autour de laquelle l'entente s'était formée : « Résoudre un problème c'est toujours en poser d'autres, chaque tête coupée de l'Hydre en fait surgir plusieurs, et nos interrogations dernières ne s'appauvrissent pas avec le temps »<sup>818</sup>.

**170. La fiction d'un droit déjà fait.** - Dans la mesure où le droit est une activité interminable, l'idée que la recherche en droit peut – et même doit – intervenir *après* le droit n'est qu'une fiction nécessaire à la thèse pour laquelle elle est conçue : « Pour nous juristes qui *cherchons*, à des procès encore actuels, la solution la meilleure, la norme qui les conclura

---

<sup>814</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, op. cit. p. 252.

<sup>815</sup> M. Meyer, *Questionnement et historicité*, PUF, coll. Quadrige, 2000, p. 200.

<sup>816</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, op. cit., p. 232.

<sup>817</sup> « Et tous les grands savants étaient conscients que toute résolution d'un problème scientifique soulève bien des nouveaux problèmes non résolus. Plus nous en apprenons sur le monde, et plus le savoir que nous avons des problèmes encore non résolus, plus notre savoir socratique sur notre ignorance devient-il conscient, détaillé et précis », K. Popper, « Sur le savoir et l'ignorance » (1979), *À la recherche d'un monde meilleur*, trad. de l'allemand par J.-L. Evard, Les belles lettres, coll. Le goût des idées, 2011, p. 71.

<sup>818</sup> C. Castoriadis, « Science moderne et interrogation philosophique », *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, op. cit., p. 193.

n'est pas encore *faite* : le droit du juriste n'est pas *fait* »<sup>819</sup>. Le droit n'est pas fait parce que le droit est langage, activité linguistique, or « la parole parlante est constamment instituante, elle est institution recommencée et, comme toute l'histoire, création continuée »<sup>820</sup>. La fiction d'un droit-déjà-fait est nécessaire pour celle d'un après-le-droit, elle-même indispensable à l'esprit scientifique pour penser l'autonomie de la recherche en droit à l'égard de ce qu'elle conçoit comme son objet. Mais le soleil ne se couche jamais sur l'empire du droit ; l'article d'un chercheur en droit s'enclasse fatalement entre deux décisions qui le concernent d'au plus près. Ainsi pouvons-nous, avec Ronald Dworkin, dire que « la recherche en droit (*jurisprudence*) est la partie générale de la délibération judiciaire, le prologue tacite qui prélude à tout verdict »<sup>821</sup>.

Le coût de la fiction d'un droit déjà-fait semble bien trop élevé, car cette fiction empêche de saisir les relations discursives que tissent entre eux les chercheurs en droit et les autres juristes, et en particulier les juges. Elle conduit Michel Troper à d'étranges regrets : « Le fait que dans le passé, ou même aujourd'hui, la science du droit a pu influencer sur le contenu du droit, parce que la doctrine préconisait certaines solutions au nom de la science et qu'elle était suivie, est simplement regrettable. Mais il signifie seulement qu'il ne s'agissait pas d'une véritable science du droit. Il faut donc construire cette science, et critiquer la doctrine actuelle, qui n'est qu'une simple idéologie »<sup>822</sup>. Refusant l'inexorable, l'auteur déclassifie comme irrégulière toute contribution susceptible de tomber entre les mains d'un juge ou d'un avocat, tout travail suffisamment pertinent pour marquer la réflexion juridique, faire bifurquer l'argumentation des juristes. La fiction d'un droit déjà-là le fait regretter tout ce qui vaut la peine d'être cité par les juristes, c'est-à-dire tout ce qui présente le moindre intérêt juridique. Il se pourrait bien alors que le désintéressement dont se vante la science du droit pour valoriser sa neutralité et sa « gratuité »<sup>823</sup> ne trouverait de concrétisation irréprochable que dans des publications sans intérêt et sans valeur, ce qu'il faut entendre ici au sens le plus commun. Comme Gadamer l'affirmait pour l'ensemble des disciplines herméneutiques, l'esprit scientifique conduit la recherche juridique si loin du droit qu'elle en perdrait de vue son intérêt et sa valeur, ce pourquoi elle compte. Obsédée par l'idée fixe de sa propre scientificité, elle en oublierait qu'elle est lue, pourquoi elle est lue, et par qui elle est lue.

<sup>819</sup> M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, nouv. éd., coll. Philosophie du droit, 1962, p. 95.

<sup>820</sup> C. Castoriadis, « Le dicible et l'indicible », *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, *op. cit.*, p. 183.

<sup>821</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit* (1986), trad. de l'anglais par E. Soubrenie, PUF, coll. Recherches politiques, 1994, p. 103. La traductrice a traduit « *jurisprudence* » par « jurisprudence », ce qui est une traduction contestable, car le terme signifie en anglais quelque chose de beaucoup plus large, comme « pensée juridique », ou, comme nous l'avons proposé ici, « recherche en droit ».

<sup>822</sup> M. Troper, « Le positivisme juridique », *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>823</sup> J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 105.

### **Section 3 : Prédications juridiques et engagement herméneutique**

Comme les prétendues descriptions du droit, les prétendues prédictions de décisions de justice témoignent d'autant d'engagements dans des discussions juridiques, de réponses à la question de ce que le juge doit décider. Examinons en premier l'engagement herméneutique des propositions qui suivent les prétentions méthodologiques de la femme en rouge, notre personnage conceptuel (§1), puis examinons l'idée d'une impossibilité pragmatique de l'ensemble des prédictions du « droit tel qu'il sera » à ne pas être également des réponses à des questions de droit (§2).

#### **§1. Les prétentions prédictives de la femme en rouge**

**171. L'expression dissimulée d'une solution au problème juridique.** - Le cas de la femme en rouge semble plus évident encore que celui de l'homme au chapeau. Sa rhétorique méthodologique dissimule mal le traitement effectif de la question de savoir comment le juge doit traiter le cas du vigneron. Passées ses mises en garde sur l'objectivité, la justice en général, la science du droit, quelques importantes distinctions et la supériorité méthodologique de sa démarche, elle se saisit du problème juridique pour en trouver la solution la plus consensuelle, peut-être la plus équitable.

Depuis la ressemblance structurelle de deux cas – celui en présence, où il est question d'obtenir ou non l'autorisation d'abattre des arbres, et celui où il s'agit d'obtenir l'autorisation d'amarrer des bateaux –, elle développe une analogie ouvrant une nouvelle réponse à la question de droit. Elle envisage, pour la première fois dans l'histoire juridique de l'Île, que le juge puisse accorder des autorisations partielles d'abattage d'arbres. Prometteuse alternative vis-à-vis des autres, trop catégoriques : ou les arbres sont tous abattus, ou ils doivent tous être préservés. Elle développe ainsi des conclusions en droit reçues par ses interlocuteurs comme les plus équilibrées : accorder l'autorisation d'abattre les cinq arbres communs, empêchant l'établissement du vigneron, et refuser l'autorisation de couper l'unique spécimen rare, afin de protéger la biodiversité. Que sa ligne argumentative ait été effectivement reprise par le juge chargé de trancher le litige n'est qu'une raison surabondante au bénéfice de la thèse herméneutique. L'accueil favorable de ses conclusions révèle simplement son engagement initial dans le jeu de donner et de demander des raisons au soutien d'affirmations juridiques, de conclusions en droit. L'adhésion d'autres participants à ses conclusions fait simplement de son intervention une participation particulièrement réussie.

La femme en rouge figure ici comme archétype de la prétention à la prédiction juridique. Si sa prétention à la prédiction de la décision de justice dissimule une participation

à la discussion juridique, nous devons examiner l'hypothèse d'une pareille dissimulation pour l'ensemble des prétentions à la prédiction des décisions de justice.

## §2. La requalification générale des prédictions de décisions de justice en participation à la discussion juridique

**172. Actualité des prétentions prédictives.** - Les supposées prédictions juridiques ne sont pas de véritables prédictions. Prétention méthodologique abstraite, elles sont, comme les autres prises de parole, des actes engageant leurs auteurs dans la discussion juridique, celle où l'on parle de ce que le juge doit décider. On ne peut leur reconnaître une différence de nature, ni, *a fortiori*, une dignité particulière vis-à-vis des autres participations.

En supposant qu'elle soit correcte, cette thèse pourrait être minimisée. La fonction prédictive de la science du droit, telle qu'elle a été proposée par Alf Ross, n'est-elle pas restée, dans une très large mesure, vierge d'application ? Ce bilan d'échec ne doit pas être surestimé : l'idéal prédictif a fait son retour ces dernières années au moyen de la « justice prédictive »<sup>824</sup>, c'est-à-dire, à l'ère de l'intelligence artificielle, de la *big data* et du *deep learning*, l'anticipation des décisions de justice par ordinateur. Elle est également réapparue dans sa version artisanale sous la plume d'Alexandre Viala<sup>825</sup>. Dans le cadre du débat sur la constitutionnalité de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'auteur est venu pronostiquer la décision de justice du Conseil constitutionnel. Subséquemment, il a nié affirmer ce que cette juridiction doit décider, dans la mesure où la respectabilité intellectuelle de la recherche en droit dépendrait étroitement de cette ascèse méthodologique : « Nul ne saurait donc, fût-ce au nom de la connaissance savante d'une supposée tradition législative, dicter au juge constitutionnel ce qu'il doit déduire de celle-ci pour juger de la constitutionnalité d'une loi que le gouvernement d'aujourd'hui souhaite faire adopter »<sup>826</sup>. Il accuse d'autres auteurs, « la doctrine », d'un « pré-jugement de constitutionnalité » selon lui « contraire à la déontologie scientifique de l'universitaire »<sup>827</sup> :

<sup>824</sup> A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *La semaine juridique*, Édition Générale, n° 1-2, 9 janvier 2017, pp. 47-52.

<sup>825</sup> Dans une analyse épistémologique reprise à son compte : « la prédictibilité des décisions de justice est un des grands credo du réalisme juridique contemporain. Il repose sur la thèse selon laquelle le juge, souverain dans la détermination de la signification ou de la force normative des textes qu'il est en charge d'appliquer, est néanmoins soumis à des contraintes de tous ordres (stratégique, sémantique, psychologique, etc.) qui relèvent de la causalité et donnent à son comportement, en conséquence, une certaine prévisibilité. Mais celle-ci ne saurait être définie sous forme de projection, par le juriste, de ses propres convictions éthiques. Elle l'est, eu égard à l'étude de ces facteurs de type causal qui s'imposent objectivement », A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des libertés et droits fondamentaux*, Dossier « Mariage entre personnes du même sexe et Constitution », n° 4, 2013, p. 4.

<sup>826</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>827</sup> Voir le titre de l'article : « Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *ibid.*

« Ces diverses prises de position adoptées sous le sceau du savoir juridique pour attirer l'attention sur les obstacles constitutionnels auxquels se heurterait le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe révèlent surtout une singulière prise de distance et de liberté à l'égard des principes les plus élémentaires de l'éthique du juriste universitaire »<sup>828</sup>.

**173. Méthodologie de la prétendue prédiction.** - Quelle serait, pour Alexandre Viala, la méthode à suivre pour prédire, *seulement* prédire, une décision de justice ? Elle ressemble beaucoup à la méthodologie de Ross. Elle repose sur l'examen « des contraintes de tous ordres (stratégique, sémantique, psychologique, etc.) qui relèvent de la causalité et donnent [au comportement du juge] une certaine prévisibilité »<sup>829</sup>. Ces contraintes, pour que la décision soit conçue comme leur effet, devraient être considérées comme des « facteurs de type causal »<sup>830</sup>. La découverte de certaines d'entre elles proviendrait d'une analyse externe. Il s'agit, en particulier, de déterminer des contraintes qui agissent sur l'esprit du juge (psychologie) et les surdéterminations sociologiques qui contraignent sa liberté d'agir (sociologie). Mais les contraintes dites « sémantiques », elles, ne se laissent pas exprimer sans recours aux conceptions que le juge exprime lui-même. Le chercheur-prophète ne peut faire l'impasse sur ce que le choix, par le juge, d'une décision *x* plutôt que *y* signifierait pour lui-même, ni sur la manière dont il la justifie pour convaincre les autres juristes. L'adoption *méthodologique* du point de vue interne permettrait dès lors d'imputer au juge des théories, des propositions, des règles, des principes juridiques et des structures standards de raisonnement. L'effet de telles unités sémantiques, vues comme des faits<sup>831</sup>, provoquerait telle ou telle attitude du juge face à un cas : rejet de la demande, condamnation, cassation, déclaration d'inconstitutionnalité partielle<sup>832</sup>. Par l'usage instrumental du point de vue interne, le droit positif deviendrait accessible par « l'observation empirique de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel »<sup>833</sup>. Le croisement des informations externes et

<sup>828</sup> *Ibid.*, p. 3. Sur l'ascèse méthodologique, dans un ouvrage du même auteur : « Dans cette attitude exigeante d'ascèse épistémologique, on reconnaît généralement les auteurs qui se réclament de la méthodologie positiviste », A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 25.

<sup>829</sup> *Ibid.* Voir, pour une caractérisation presque exhaustive de ces contraintes, M. Troper, V. Champeil-desplats et Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2005.

<sup>830</sup> A. Viala, « Un PFRLR... », *op. cit.*, p. 1.

<sup>831</sup> « La seule issue est donc de concevoir la norme comme une signification, en donnant à ce terme un sens pragmatique : la norme est le produit d'une interprétation opérée au cours d'un processus d'"application" des textes. Elle est donc un fait. Aussi la science du droit peut-elle être comprise comme un ensemble de jugements de réalité, qui affirment l'existence de normes et qui, dès lors, sont susceptibles de vérification empirique », M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, p. 55. Hans Kelsen, lui, fait la distinction entre la logique de causation et la logique d'imputation, considérant cette dernière comme la spécificité des sciences normatives, jouant un rôle analogue à la causalité dans les sciences naturelles.

<sup>832</sup> Voir, pour une analyse approfondie des tentatives de réductions causalistes des raisons et des motivations, R. Ogien, *Les causes et les raisons. Philosophie analytique et sciences humaines*, éd. Jacqueline Chambon, coll. Rayon philo, 1995. Comparer : D. Davidson, « Actions, Reasons and Causes », *The Journal of Philosophy*, vol. 60, n° 23, 1963, pp. 685-700.

<sup>833</sup> A. Viala, « Un PFRLR... », *op. cit.*, p. 4.

internes, dont on dira qu'elles ont été collectées suivant « une démarche expérimentale »<sup>834</sup>, inspirerait le chercheur-prophète qui pourrait, « sur le fondement des lois probabilistes, prédire rationnellement ce que le juge décidera »<sup>835</sup>. En épilogue, la vérité ou la fausseté de la prédiction serait attestée au moment où le juge rend effectivement la décision, et le modèle de prédiction, s'il y en a un, s'en trouverait corroboré ou falsifié.

En quoi consiste, ici, adopter le point de vue interne ? Nous sommes loin du principe herméneutique tel que nous l'avons approché. Dans cette perspective, les conceptions, les théories, les règles et les arguments juridiques sont déjà constitués. Ceux-là semblent avoir été naturalisés, entités sémantiques déjà conçus et disponibles à la découverte, prêtes à être imputées : « [...] Les normes d'une théorie empiriste du droit sont des faits en ce que ce sont des significations prescriptives apparaissant dans des discours effectivement tenus par des autorités déterminées, c'est-à-dire des entités linguistiques »<sup>836</sup>. Ainsi le chercheur n'aurait pas à endosser la responsabilité de leur expression : « [...] la science du droit adopte un point de vue interne en ce sens, sans néanmoins "exprimer" juridiquement ce point de vue »<sup>837</sup>. La signification devenant un fait, la logique de l'interprétation s'aligne sur celle de l'observation : « Une science n'est pas "empirique", par opposition à "métaphysique", uniquement quand elle décrit des faits qui se déroulent dans l'espace et dans le temps, mais également quand elle décrit la signification de certains actes humains. Une théorie du droit reste empirique si elle se limite à la description de normes qui sont la signification d'actes empiriques »<sup>838</sup>. La spécificité de l'expérience herméneutique est niée pour être considérée de la même façon que les expériences empiriques. Ainsi, c'est une approche strictement externe qui est envisagée pour saisir la perspective interne au droit : « Les discours effectivement tenus à partir desquels les normes sont envisagées constituent des points de vue interne. [...] La science du droit est un point de vue externe sur un point de vue interne »<sup>839</sup>.

**174. Théorie de la simulation du point de vue interne.** - Ici, le point de vue interne devient un objet comme un autre, candidat ordinaire à l'observation. Il ne peut cependant, au contraire de ce qu'affirme Alexandre Viala, être observé suivant la méthode expérimentale au sens, en tout cas, où la définit Bacon<sup>840</sup> et Claude Bernard<sup>841</sup>. Nous ne pouvons isoler une

---

<sup>834</sup> « Il est préférable pour prophétiser son comportement devant la loi sur le "mariage pour tous", de s'en tenir à la démarche expérimentale », *ibid.*

<sup>835</sup> *Ibid.*

<sup>836</sup> É. Millard, « Point de vue interne et science du droit. Un point de vue empiriste ». *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 59.

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>838</sup> H. Kelsen, « Compte rendu de Alf Ross, *On Law and Justice* », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4.

<sup>839</sup> É. Millard, « Point de vue interne... », *op. cit.*, p. 59.

<sup>840</sup> F. Bacon, *Novum Organum* (1620), Introduction, traduction du latin et notes par M. Malherbe et J.-M. Pousseur, PUF, Epiméthée, 1986.

<sup>841</sup> Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865), Flammarion, coll. Champs classiques, 2013.

théorie ou une règle pour en observer l'effet sur le juge comme les physiciens observent les propriétés ondulatoires de la lumière en isolant le passage d'un photon à travers un obstacle à deux fentes. Nous ne pouvons faire raisonner un juge dans des conditions expérimentales reproductibles, faire varier les paramètres, remplacer un concept par un autre dans sa tête et observer ses changements d'attitude. Pour l'instant, les juges ne semblent pas disposés à subir ces expériences. S'ils l'étaient, celles-ci ne pourraient être menées à bien, car on ne saurait les forcer à ne répondre à une question qu'en employant telle théorie, telle règle. Si, en revanche, nous la concevons comme une *expérience de pensée*, celle-ci pourrait bien davantage être réalisée par le chercheur lui-même. De l'expérimentation à l'expérience de pensée, nous passons de l'idée de phénomènes sémantiques accessibles par expérimentation à la théorie de la simulation du point de vue interne. Dans cette perspective, le chercheur reproduit le raisonnement par anticipation, comme s'il se trouvait à la place du juge au moment de la décision. Cette conception, plus vraisemblable que la précédente, est exprimée par Kevin Toh : « Les juristes qui ne sont pas engagés envers les lois de leur système juridique [*not committed to the laws of their legal system*] peuvent être interprétés comme simulant le raisonnement normatif d'une personne qui, elle, serait engagée envers ces lois »<sup>842</sup>. La théorie de la simulation de Kevin Toh est étroitement compatible avec les vues de Raz et de Hart sur le point de vue interne. Elle est, il le précise, conçue pour en préserver l'essentiel<sup>843</sup>. Pour Hart, la « méthode herméneutique » ouvre la possibilité de « représenter les comportements gouvernés par des règles telle qu'elle apparaît aux participants de la pratique gouvernée par ces règles »<sup>844</sup>. Pour Raz, nous l'avons vu, il importe de concevoir la possibilité d'un point de vue interne détaché.

La science du droit retrouverait ainsi son analogie fondatrice avec les sciences naturelles, ou du moins avec celles qui sont, dans une certaine mesure, non expérimentales et qui s'essaient à l'exercice de la prévision : astronomie, climatologie, sismologie, *etc.* Privées de test expérimental pour éprouver certaines de leurs hypothèses, on attend de ces sciences qu'elles fassent leurs preuves sur le terrain prédictif, ce à quoi elles se soumettent avec

---

<sup>842</sup> K. Toh, « Raz on detachment, acceptance and descriptibility », *op. cit.*, p. 411.

<sup>843</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>844</sup> H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, p. 13. Voir aussi la postface du Concept de droit : « [...] un théoricien du droit faisant oeuvre de description ne partage pas lui-même en tant que tel l'acceptation du droit que manifestent les participants de ces différentes manières, mais il peut et devrait décrire une telle acceptation, comme j'ai en effet tenté de le faire dans cet ouvrage. [...] Le théoricien du droit faisant oeuvre de description doit comprendre en quoi consiste l'adoption du point de vue interne et, en ce sens limité, il doit être capable de se mettre lui-même à la place d'un membre ; mais ceci ne consiste ni à accepter le droit, ni à partager ou approuver le point de vue interne du membre ou à abandonner de toute autre manière sa posture descriptive », *Le concept de droit*, p. 242. Hart est désaccord sur Ross sur le thème de la prédiction, mais suivant l'argument bizarre selon lequel puisque ça ne peut être ce que fait le juge lorsqu'il prend effectivement la décision, cela ne peut être ce que fait la science du droit. L'argument contrevient à l'opposition entre le droit et la science du droit telle qu'elle est retenue par Ross et, dans une certaine mesure, par Hart lui-même. H. L. A. Hart, « Sur le réalisme scandinave », O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 43-50.

toujours plus de satisfaction. Elles anticipent les états et positions futurs des phénomènes observés en simulant, dans des modèles construits à partir de l'observation de la régularité de phénomènes naturels, la dynamique prévisible de leur comportement. D'un tel modèle, Halley prévoit le retour d'une comète et le GIEC l'augmentation globale de la température. Le chercheur en droit pourrait, de la même manière, concevoir des modèles scientifiques de raisonnement juridique, allant jusqu'à informatiser ces modèles, comme les météorologues ont numérisé leurs modèles de prévision.

**175. Liberté, causes et raisons.** - La ressemblance entre la modélisation des phénomènes naturels et la modélisation des décisions de justice souffre néanmoins d'une première limite, exprimée depuis longtemps par les philosophes de l'action et de la raison pratique : Kant affirmerait que les décideurs, comme les juges, sont *libres*. Ils peuvent bifurquer, agir autrement que n'importe quel modèle ne pourrait le déterminer par avance : « Les planètes, vues de la Terre, tantôt suivent un cours rétrograde, tantôt stagnent, tantôt vont en avant. Mais si le point de vue est pris du Soleil, ce que seule la raison peut faire, elles poursuivent continuellement, conformément à l'hypothèse de Copernic, leurs parcours réguliers [...] Mais c'est précisément notre malheur, que de ne pas être capables de nous placer à ce point de vue, quand il s'agit de la prédiction d'actions libres, parce que pour prévoir, l'homme a besoin de l'enchaînement d'après les lois naturelles, mais qu'en ce qui concerne les libres actions à venir, il lui faut se passer de cette direction ou indication »<sup>845</sup>.

Le modèle prédictif enregistre une habitude juridictionnelle à traiter un type de cas d'une même façon, mais le juge peut rompre cette linéarité, décider autrement que s'il était guidé par les rails d'une jurisprudence constante. Une jurisprudence n'est pas une cause ni une loi de la nature, mais une raison, maxime d'action susceptible d'être écartée au profit d'une raison soutenant la nécessité de l'autre attitude, le revirement de jurisprudence<sup>846</sup>. Ne serait-ce là qu'une différence de degré entre sciences naturelles et science juridique prédictive ? La tâche de cette dernière n'en serait que plus délicate, davantage soumise à l'aléa du phénomène observé. L'aléa des décisions de justice serait encore plus difficile à modéliser que le mouvement chaotique des particules élémentaires<sup>847</sup>. Il n'y aurait qu'à reconnaître l'irréductibilité d'une incertitude dont on remarquerait, pour le comportement humain, une amplitude caractéristique : le cœur, fait-on dire à Pascal, « a ses raisons que la raison ne

<sup>845</sup> E. Kant, « Le conflit des facultés » (1798), trad. de l'allemand par A. Renaut, in *Oeuvres philosophiques, III, Les derniers écrits*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1986, pp. 892-893.

<sup>846</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., pp. 75-76 ; P. Winch, *L'idée d'une science sociale et sa relation à la philosophie* (1958), trad. de l'anglais par M. Le Du, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2009, pp. 121-131.

<sup>847</sup> Dans ce sens, l'hypothèse de Th. Boraud : « Et si notre faculté à prendre des décisions relevait plus du hasard que d'un processus rationnel ? », *Matière à décision*, CNRS, coll. Biblis, 2017, présentation en quatrième de couverture.

connaît point »<sup>848</sup>. Si la prédiction ne tombe juste qu'à 80% des cas, ce serait en vertu de l'aléa de ces changements d'attitude. On pourra se désoler que les sciences humaines soient décidément plus « molles » que les sciences de la nature ou, plus ambitieux, « intégrer une modélisation du revirement de jurisprudence, c'est-à-dire construire un schéma d'imprévisibilité nécessaire et maîtrisé »<sup>849</sup>.

### **176. Les modèles de simulation de raisonnement comme modèles de rationalité.**

- Vient toutefois une autre limite, cette fois irréductible : il est possible d'évaluer la décision effectivement prise à l'aune d'un modèle conçu pour la simulation du point de vue interne. Aussitôt élaboré par le chercheur, le modèle offre un appareil de raisons opposable à l'argumentation du juge. Les résultats de son application au cas que le juge traite est, de la même manière, opposable à la décision qu'il prend effectivement. Cette possibilité, en sciences naturelles, est rigoureusement impensable. On ne peut sérieusement dire d'une comète ou de plaques tectoniques qu'elles ne se sont pas comportées comme il le fallait. S'il y a un écart entre le modèle et la nature, quand par exemple un scientifique s'exclame "cela n'aurait pas dû se produire ainsi !", l'erreur est toujours du côté du scientifique, jamais de la nature.

Les psychologues et économistes comportementalistes ont éprouvé une difficulté semblable à l'occasion du paradoxe d'Allais<sup>850</sup>. Von Neumann et Morgenstern avait, en 1944, développé « une axiomatique de la décision en contexte d'incertitude » : la théorie de l'utilité espérée<sup>851</sup>. Ce modèle, avec lequel nous pouvons simuler une décision, est applicable lorsque nous sommes confrontés à des choix aux conséquences incertaines, dont l'un des cas paradigmatiques est, pour les théoriciens des jeux, le choix entre plusieurs loteries. Le modèle de Von Neumann et Morgenstern est formalisé en un théorème fondé sur quatre axiomes : les exigences de transitivité, de monotonie, de continuité et d'indépendance<sup>852</sup>. En 1952, Maurice Allais éprouve les pouvoirs prédictifs du modèle en proposant à des économistes réunis en congrès de choisir entre (a), 100% de chances de gagner 10000 francs, et (b), 90% de chances de gagner 15000 francs. La grande majorité des économistes choisissent (a). Maurice Allais leur demande ensuite de choisir entre (c), 10% de chances de gagner 10000 francs, et (d), 9% de chances de gagner 15000 francs. Cette fois, le parterre d'économistes opte majoritairement pour (d). Seulement, selon le théorème de Von Neumann et Morgenstern, ils auraient dû

<sup>848</sup> Bl. Pascal, *Pensées* (1662), éd. et trad. du latin par M. Le Guern, Gallimard, coll. Folio Classiques, 2004, fragment 397, p. 251.

<sup>849</sup> Th. Cassuto, « la justice à l'épreuve de sa prédictibilité », *AJ Pénal*, 2017, p. 334.

<sup>850</sup> M. Allais, « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque : critique des postulats et axiomes de l'École américaine », *Econometrica*, vol. 21, n° 4, 1953, pp. 503-546.

<sup>851</sup> J. von Neumann et O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1953.

<sup>852</sup> La formalisation mathématique du théorème est reproduite avec soin dans l'article Wikipédia dédié à cette théorie, URL [consulté le 7/10/2018] : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Théorie\\_de\\_l'utilité\\_espérée](https://fr.wikipedia.org/wiki/Théorie_de_l'utilité_espérée)

choisir (b) et (d), et non (a) et (d). La situation est amusante parce que les individus venus écouter l'économiste français connaissaient la théorie de l'utilité espérée, incontournable dans leur discipline : « notre aréopage d'éminents économistes a [...] violé le principe d'indépendance, qui est l'un des quatre axiomes fondateurs de leur discipline »<sup>853</sup>. Quelle valeur attribue-t-on à l'écart entre le résultat du modèle et le choix des agents, entre la réponse (b) et (d) qu'indique l'application du modèle et la réponse (a) et (d) des agents testés ? Nous pouvons concevoir trois attitudes interprétatives face au résultat : l'erreur de prédiction, l'erreur de conception du modèle conduisant aux choix (b) et (d) et l'erreur des agents qui ont choisi (a) et (d).

La première attitude consiste à constater l'erreur de prédiction. Le modèle est mal conçu, il doit donc être modifié pour intégrer une aversion au risque, après tout bien naturelle. Kahneman et Tversky le proposent avec la théorie des perspectives<sup>854</sup> qui fournit, selon Frédéric Martinez, « une description et une explication plus réalistes des comportements des individus qui y sont confrontés »<sup>855</sup>. La deuxième interprétation attribue l'erreur au modèle en tant qu'il conduit aux choix (b) et (d). Un économiste pris au piège pourrait contester l'irrationalité qu'on lui diagnostique. Il n'a pas été couard mais prudent, et le modèle n'est pas un modèle de prudence, mais de témérité. Il avait de bonnes raisons d'agir ainsi. Il faut donc prendre en compte le risque pour que celui-ci conduise à de meilleures décisions, comme l'ont fait Kahneman et Tversky. Enfin, la troisième interprétation du résultat attribue l'erreur à ceux qui ont choisi (a) et (d), erreur qu'ils peuvent eux-mêmes reconnaître une fois l'axiomatique remémorée. Inversement, ceux ayant choisi (b) et (d) ne pourraient-ils pas justifier leur choix en affirmant avoir correctement appliqué l'axiomatique de Von Neumann et Morgenstern ? N'était-elle pas, en même temps qu'un modèle pour la prédiction, un modèle de rationalité ? Selon cette interprétation, l'expérience aurait permis la découverte de « phénomènes qui limitent la capacité à raisonner de façon rationnelle, y compris par les experts »<sup>856</sup>. Les individus peuvent, on le sait, être victimes de biais cognitifs qui les détournent des décisions raisonnables. Ils « utilisent des heuristiques dans les jugements de probabilités, heuristiques qui mènent souvent à de multiples erreurs de jugement »<sup>857</sup>. La théorie des perspectives permet, justement, d'intégrer l'aversion irrationnelle pour le risque. On peut également expliquer l'erreur de jugement par des facteurs externes au raisonnement

---

<sup>853</sup> Th. Boraud, *Matière à décision*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>854</sup> D. Kahneman et A. Tversky, « Prospect Theory : An Analysis of Decisions Under Risk », *Econometrica*, vol. 47, n° 2, 1979, pp. 313-327.

<sup>855</sup> F. Martinez, « L'individu face au risque : l'apport de Kahneman et Tversky », *Idées économiques et sociales*, vol. 161, n° 3, 2010, p. 15.

<sup>856</sup> Th. Boraud, *Matière à décision*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>857</sup> F. Martinez, « L'individu face au risque... », *op. cit.*, p. 16.

pratique : si les économistes n'ont pas choisi (b) et (d), c'est peut-être « à cause du vin qui leur avait été servi au déjeuner »<sup>858</sup>.

**177. Illusion prédictive et conséquences pratiques.** - Seule la première interprétation correspond à ce que font les scientifiques au cas où leur modèle produit des résultats falsifiés. Les deux autres attitudes, en revanche, font clairement disparaître la distinction entre la science et son objet. Elles font valoir la normativité du modèle à l'égard de ce qu'il faut décider. Elles ne sont plus axiologiquement neutres en jugeant les décideurs coupables d'une erreur, d'une aversion au risque, c'est-à-dire de couardise. Rétrospectivement, elles font de l'application du modèle un « pré-jugement » de ce qu'il faut décider. Amartya Sen s'est déjà interrogé sur « le double usage du comportement maximisant [de l'économiste], qui l'utilise à la fois comme mécanisme prédictif (pour tenter de deviner ce qui va probablement se passer) et comme critère de rationalité (pour évaluer les normes à suivre afin que le choix paraisse rationnel) »<sup>859</sup>. Regretter ou ignorer les potentialités évaluatives du modèle de prédiction, c'est être aveugle à la nature du modèle lui-même, car ces usages ne sont pas accidentels : ledit modèle prédictif est un standard de rationalité pratique qui conduit à répondre à la question portant sur la chose elle-même, sur la décision à prendre. L'illusion prédictive, supposant une distinction abstraite entre le discours sur la décision et la décision elle-même, ne neutralise pas les attitudes évaluatives, elle ne fait qu'occulter les conséquences pratiques d'une modélisation prenant la forme d'une argumentation sur le fond. Comme l'affirme Hart, « l'interprétation en termes de prédiction laisse dans l'ombre le fait que, lorsque des règles existent, tout écart de conduite par rapport à celles-ci constitue, *non seulement une raison de prédire* que des réactions hostiles s'ensuivront ou qu'un tribunal infligera des sanctions à ceux qui les transgressent, *mais encore une raison ou une justification du fait que l'on réagisse ainsi* et que l'on inflige des sanctions »<sup>860</sup>.

En droit, ceux qui travaillent sur la justice prédictive par intelligence artificielle se sont vite aperçus que leurs modèles de prédiction constituent également des standards de décision : « La robotisation de la justice peut apparaître comme le prolongement pratique de la prédiction. Cette dernière fonction est spéculative tandis que la première est éminemment opérative. Néanmoins, la robotisation dérive de la prédiction dès lors qu'elle permet de consacrer une modélisation théorique de la solution »<sup>861</sup>. Ils ont remarqué que les résultats de leurs modèles sont substituables aux décisions juridictionnelles et que, dans ces

<sup>858</sup> Th. Boraud, *Matière à décision*, op. cit., p. 21.

<sup>859</sup> A. Sen, *L'idée de justice* (2009), trad. de l'anglais par P. Chemla, Flammarion, 2010, pp. 222-223.

<sup>860</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 104. Nous soulignons.

<sup>861</sup> Th. Cassuto, « la justice à l'épreuve de sa prédictibilité », *AJ Pénal*, 2017, p. 334. Le même glissement apparaît chez B. Baraud, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les Cahiers de la justice*, 2017, pp. 121-139. Voir aussi S. Chassagnard-Pinet, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 495-499.

conditions, la justice prédictive par l'intelligence artificielle prépare le terrain à la juridiction par l'intelligence artificielle<sup>862</sup>. Vu les conséquences pratiques de modèles dits prédictifs, la prétention méthodologique à la prédiction juridique ne peut être qu'une façon de parler, écart de langage sans effet sur les propos introduits. *A fortiori*, la promesse méthodologique d'un chercheur en droit de *seulement* prédire une décision doit être accueillie avec la plus grande légèreté. Aucune précaution méthodologique ne saurait étouffer la normativité de l'expression d'une solution à un problème juridique. Bien au contraire, l'artifice méthodologique dissimule au chercheur lui-même qu'il exprime ses propres conclusions en droit. Ceci, nous l'avons incarné par la femme en rouge qui, troublée par ses illusions méthodologiques, ne s'aperçoit même plus qu'elle propose, de sa propre initiative, une solution convaincante à la question de droit.

**178. Le cas de la constitutionnalité de la loi "Mariage pour tous".** - Le cas, bien réel, de l'article du professeur Viala « Un PFRLR contre le mariage gay : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise »<sup>863</sup>, dépasse la fiction. L'auteur reproche aux juristes concluant à l'inconstitutionnalité de la loi "mariage pour tous" un « pré-jugement de constitutionnalité contraire à l'office du juriste »<sup>864</sup> et la projection de leurs propres convictions<sup>865</sup>. Le réquisitoire vise directement un article publié par un·e juriste qui, pressentant manifestement les condamnations de principe dont il·elle sera effectivement victime, a préféré signer sous le pseudonyme de « Lucie Candide »<sup>866</sup>. Le procédé est contestable mais l'accueil de son article tend à le justifier, ses travaux essayant les reproches méthodologiques des plus outrés. L'épistémologie scientifique, en tribunal de la Raison, lui dresse un procès en jusnaturalisme<sup>867</sup>, l'accuse d'un manquement aux principes « les plus élémentaires » de la déontologie universitaire<sup>868</sup> et de « techniciser des enjeux philosophiques

---

<sup>862</sup> Pour aller plus loin, M. Clément, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA*, 2017, pp. 2453-2460 ; J. Dupré et J. Lévy Véhel, « L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 500-505 ; A. Strowel et E. Marique, « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 517-521 ; G. Chantepie, « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 522-526 ; A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.

<sup>863</sup> A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ?... », *op. cit.*

<sup>864</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>865</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>866</sup> L. Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais*, n° 278, 4 octobre 2012, p. 7.

<sup>867</sup> « Voilà qu'à présent, peut-être en raison du désenchantement dont il a été l'objet après le tournant kelsénien du XXème siècle, une partie de la doctrine dissimule pudiquement ses convictions jusnaturalistes derrière le manteau d'un droit positif que le juge constitutionnel traite souverainement. Le droit naturel, c'est alors le droit positif tel que cette doctrine aimerait le voir traité par le juge constitutionnel. », A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ?... », *op. cit.*, p. 3.

<sup>868</sup> *Ibid.*, p. 3.

pour mieux offrir à ses propres convictions éthiques le sceau de la vérité »<sup>869</sup>. Haro contre Lucie Candide, surpris·e en flagrant délit d’escroquerie intellectuelle.

Alexandre Viala, tout au contraire, exercerait « une science du droit de type positiviste et respectueuse de la déontologie universitaire, fondée sur une méta-éthique anticognitivistique dont semblent totalement se déprendre Candide et ses alliés »<sup>870</sup>, car lui se contenterait d’une prédiction objective et scientifique : « Je me permets d’avancer qu’en prédisant ce que fera le Conseil constitutionnel dans l’hypothèse d’une contestation de la loi sur le “mariage pour tous”, le juriste peut démentir selon de fortes probabilités tirées de l’observation de la jurisprudence de la Haute instance, le pré-jugement de Candide »<sup>871</sup>. L’illusion de la scientificité occulte qu’une fois déroulées les annonces méthodologiques, c’est en dernière instance la question de ce que le juge doit décider qui est traitée. La diversion méthodologique tente de tromper le lecteur qui, on l’espère, ne saurait être dupe : le désaccord entre Lucie Candide et Alexandre Viala est un désaccord *de fond* et non de méthode, au sein d’une controverse portant sur la chose elle-même : la constitutionnalité de la loi “mariage pour tous” et l’invocabilité d’un principe constitutionnel de l’altérité des sexes dans le mariage. Sa prédiction est, elle aussi, un pré-jugement.

La thèse de l’inconformité de la loi “Mariage pour tous” à la Constitution, combattue par Alexandre Viala, n’est pas très difficile à comprendre. En 1971, le Conseil constitutionnel reconnaît un principe constitutionnel qui ne figure pas dans la Constitution : la liberté d’association<sup>872</sup>. Ni la Constitution de 1958, ni son préambule n’y font mention. La Constitution renvoie simplement au préambule de la Constitution de 1946 qui, lui, affirme « solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »<sup>873</sup>. Comme le Conseil d’Etat<sup>874</sup>, le Conseil constitutionnel tire de la formule « et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » la possibilité pour lui de reconnaître des principes qui ne sont pas exprimés par les textes constitutionnels, comme la liberté d’association. Sur ce fondement, il déclare partiellement inconstitutionnelle la loi qu’il examinait alors. La juridiction réitérera l’exploit en consacrant, selon le même raisonnement,

---

<sup>869</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>870</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>871</sup> *Ibid.*

<sup>872</sup> Conseil Constitutionnel, 16 juillet 1971, DC n° 71-44, « Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association » : « Considérant qu’au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d’association », §2.

<sup>873</sup> Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, §1.

<sup>874</sup> Conseil d’Etat, 11 juillet 1956, n° 26638, *Amicale des annamites de Paris*.

le respect des droits de la défense<sup>875</sup>, la liberté d'enseignement<sup>876</sup>, et neuf autres principes. Pour justifier la mesure de son action, le Conseil constitutionnel précise, en 1987 et 1988, quatre conditions à la reconnaissance d'un PFRLR : il doit pouvoir être interprété d'un texte législatif antérieur à 1946, qui doit avoir été adopté sous un régime républicain, il doit avoir fait l'objet d'une application continue et il doit avoir déjà été consacré comme un principe législatif général et non contingent<sup>877</sup>. Sur le fondement de cette jurisprudence, les opposants au « mariage pour tous » ont défendu l'idée que le principe de l'altérité des sexes dans le mariage constituait un PFRLR satisfaisant à ces conditions. Sa reconnaissance doit, par conséquent, conduire à une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi « mariage pour tous » par le Conseil constitutionnel.

En opposition, Alexandre Viala défend la constitutionnalité de la loi « mariage pour tous ». Le juge constitutionnel doit refuser de reconnaître le PFRLR de l'altérité des sexes dans le mariage. La « parenté philosophique » avec une « conception subjectiviste » des libertés fondamentales constitue, d'après Alexandre Viala, la raison justifiant la plupart des PFRLR consacrés par le Conseil constitutionnel. Les précédents jurisprudentiels montrent que les PFRLR « protègent l'individu davantage que les institutions »<sup>878</sup> : la liberté d'association, le respect des droits de la défense et la liberté d'enseignement en sont de bons exemples. La formulation du préambule tend également à cette conception des PFRLR, puisqu'ils suivent directement la mention de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, elle aussi gardienne des libertés individuelles. L'institution par le juge du PFRLR de l'altérité des sexes dans le mariage constituerait donc une rupture profonde avec le subjectivisme libéral des principes fondamentaux : « On le voit, dans cette série de principes, de facture subjectiviste, il semblerait difficile d'imaginer que puisse un jour s'inviter l'exclusivité de l'hétérosexualité du mariage dont l'inspiration objectiviste, discriminatoire et institutionnaliste – en ce sens qu'elle protège exclusivement l'institution maritale sans égard pour l'égalité entre les individus quelle que soit leur orientation sexuelle – ne répond pas à cette évidence »<sup>879</sup>.

Alexandre Viala concède cependant qu'en 2011, le Conseil constitutionnel a reconnu un curieux PFRLR, selon lequel « [...] tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer

---

<sup>875</sup> Conseil Constitutionnel, 2 décembre 1976, DC n° 76-70, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*.

<sup>876</sup> Conseil Constitutionnel, DC n° 77-87, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*.

<sup>877</sup> Conseil Constitutionnel, 20 juillet 1988, DC n° 88-244, *Loi portant amnistie*, §12 ; Conseil Constitutionnel, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, §15.

<sup>878</sup> A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *op. cit.*, p. 6.

<sup>879</sup> Conseil constitutionnel, 5 août 2011, n° 2011-157 QPC, *Société SOMODIA*, §4.

en vigueur »<sup>880</sup>. Ce principe ne correspond pas au subjectivisme des libertés fondamentales : « Incontestablement, un tel PFRLR déroge à la tradition subjectiviste et “droit-de-l’homme” de la catégorie en consolidant, fût-ce de façon provisoire, une discrimination et certaines atteintes à la liberté d’entreprendre au nom d’une spécificité communautaire de type régional »<sup>881</sup>. Alexandre Viala insiste alors sur « le caractère circonstanciel de ce PFRLR reconnaissant le particularisme alsacien-mosellan », lui réservant « une dimension atypique »<sup>882</sup>. En tant qu’exception, cette décision du juge constitutionnel n’infléchit pas la « nature subjectiviste des PFRLR »<sup>883</sup>. Ainsi, on sauve la cohérence de la jurisprudence du Conseil en qualifiant la décision gênante d’exception, d’arrêt d’espèce. Il ne reste au « scientifique » qu’à présenter le résultat de ses « expérimentations » : « Liée à la contingence d’un ordre bourgeois qui, au XIXème siècle, fut encore loin d’éprouver les mutations contemporaines de la société et de la famille, l’institution napoléonienne du mariage ne saurait revendiquer l’universalité d’un principe républicain fondé sur l’égalité et la liberté des individus »<sup>884</sup>. Par conséquent : « Il serait pour le moins surprenant qu’un nouveau PFRLR sanctuarise une discrimination dont l’immutabilité ne pourrait être obtenue qu’au prix d’une inquiétante relégation de nos principes républicains »<sup>885</sup>.

L’argumentation est convaincante, et nous y adhérons dans les grandes lignes. Le Conseil constitutionnel a montré, le 5 mars 2013, qu’il la partageait aussi : « Considérant, en deuxième lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu’un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu’autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu’à la loi déferée, regardé le mariage comme l’union d’un homme et d’une femme, cette règle qui n’intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l’organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 »<sup>886</sup>. Alexandre Viala introduit son argumentation par l’idée qu’il ne fait qu’œuvre prédictive, mais il prépare la conclusion du Conseil : il lui soumet de bonnes raisons de préférer la constitutionnalité à l’inconstitutionnalité de la loi, décision qu’il estime la plus juste, ou du moins qui ne « sanctuarise [pas] une discrimination dont l’immutabilité ne pourrait être obtenue qu’au prix

---

<sup>880</sup> A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? », *op. cit.*, p. 7.

<sup>881</sup> *Ibid.*

<sup>882</sup> *Ibid.*

<sup>883</sup> *Ibid.*

<sup>884</sup> *Ibid.*

<sup>885</sup> *Ibid.*

<sup>886</sup> Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, DC n° 2013-669, *Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe*, §23.

d'une inquiétante relégation de nos principes républicains ». Faut-il alors simplement s'amuser de voir l'expression de règles méthodologiques impossibles précéder leur infraction ? L'aveuglement réflexif serait inoffensif s'il n'était pas accompagné d'une déclaration de supériorité méthodologique à l'encontre des tenants de la thèse concurrente. En effet, l'auteur ne leur oppose pas simplement une argumentation juridique, mais leur reproche une erreur méthodologique, « une stratégie qui emprunte toujours la même méthode : en préjugant la constitutionnalité du projet de loi, la démarche de nos auteurs est indûment prescriptive »<sup>887</sup>.

**179. Le mutisme comme solution radicale.** - Le reproche est injuste puisqu'il se retourne contre son auteur. Il est absurde car il vise l'intérêt du travail des chercheurs en droit. Certains, cependant, en tireront des conclusions plus radicales encore : si la thèse de la constitutionnalité du principe de l'altérité des sexes dans le mariage ne repose que sur la « dissimulation [d'une] démarche jusnaturaliste par l'invocation [de] principes constitutionnels », il en est de même de la thèse inverse. Ainsi, « à un jusnaturalisme conservateur répond ici, tout simplement, un jusnaturalisme progressiste »<sup>888</sup>. *Fuite en avant* : l'ensemble du débat sur la constitutionnalité de la loi devient jusnaturaliste, métaphysique, c'est-à-dire susceptible d'aucune réflexion sérieuse par les professeurs de droit. La référence aux textes constitutionnels pour déterminer ce que le juge constitutionnel doit décider et, ainsi, les règles que le législateur doit respecter, est l'indice d'une mystification : « En d'autres termes et pour employer la terminologie consacrée en philosophie du droit, c'est leur démarche jusnaturaliste qui a été dénoncée : celle qui consiste à prescrire, en qualité de juristes, ce que devrait être la loi de la Cité. Cette démarche [...] est d'autant plus contestable que ce n'est pas sous l'étendard du droit naturel, mais au nom de la Constitution, et donc du droit positif, que ces auteurs avancent masqués »<sup>889</sup>.

Mais alors, que dire ? Que faire, si décrire et prédire, c'est encore faire du droit ? Les tenants de la science du droit les plus rigoureux ont trouvé un moyen vraiment efficace : le mutisme. Ou plutôt, ils ont été contraints au silence par les impératifs méthodologiques auxquels ils se soumettent – et entendent soumettre les autres. « Juristes, taisons-nous ! »<sup>890</sup> : la formule est fièrement employée par les plus radicaux, nouveaux censeurs qui, voulant

<sup>887</sup> A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ?... », *op. cit.*, p. 3.

<sup>888</sup> F. Chénéde, « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur le mariage pour tous », in Y. Lequette et D. Mazeaud (dir.), *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Editions Panthéon-Assas, 2014, p. 32.

<sup>889</sup> *Ibid.*

<sup>890</sup> É. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison publique*, 20 mars 2013. Le titre et la démarche de l'article s'inspire de ceux de S. Faure-Pragier, « Homoparentalité : psys, taisons-nous », *Le Monde*, 26 décembre 2012 : « Il y a quelques mois déjà, certains psychologues, répondant à leurs pairs qui croyaient voir dans l'homoparentalité l'arbre cachant une forêt de dangers pour l'équilibre de l'enfant, les invitaient à se taire. [...] On ne peut que s'en inspirer aujourd'hui. Sur l'admissibilité juridique du mariage pour tous et l'homoparentalité, juristes, encore un effort : taisons-nous. »

chasser quelque obscurantisme déplacé, se retrouvent à lui substituer un obscurantisme plus insidieux encore. La philosophie des Lumières, qui exhortait les individus à sortir de leur minorité intellectuelle en s'émancipant du joug de l'autorité, se retourne violemment contre elle-même. Si même les constitutionnalistes affirment : « laissons le législateur faire son travail », il est désormais évident que « nos sénateurs n'ont rien à craindre »<sup>891</sup>. Puisque « jusqu'à preuve du contraire, le droit demeure l'expression d'une volonté politique »<sup>892</sup>, tout exercice de la raison devient suspect, trace d'usurpation. Les hérauts de la raison pure sont devenus les gardiens cyniques<sup>893</sup> du bon vouloir des autorités, épargnées du courroux épistémologique. Ainsi, « la source objective de cette constitutionnalisation résidant exclusivement dans la discrétionnaire intervention du Conseil constitutionnel, toute opinion doctrinale prédéterminant ce qui jaillira de cette source n'est rien d'autre qu'une proposition subjective de norme que nul ne peut, sauf à commettre le fameux sophisme jusnaturaliste, ériger en standard objectif de référence »<sup>894</sup>. Seules les autorités, même celles dont la légitimité est la plus contestée<sup>895</sup>, peuvent dire, en décidant, ce qu'il fallait de toute façon décider : « La langue scientifique, dans son impartialité, enlève à tout ce qui est sans pouvoir la possibilité de s'exprimer ; seul ce qui existe y rencontre son signe neutre. Une telle neutralité est plus métaphysique que la métaphysique elle-même »<sup>896</sup>. Le « censeur positiviste »<sup>897</sup> condamne à la mystification toute velléité de peser sur la décision des officiels par la voie de l'argumentation juridique, par l'exercice, en droit, de la raison pratique. Celui qui tient à la séparation entre droit et savoir devient alors, et certainement contre ses premières intentions, « l'homme de l'acceptation, de la hiérarchie, celui dont toute l'Autorité se régale »<sup>898</sup>.

---

<sup>891</sup> É. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *op. cit.*

<sup>892</sup> *Ibid.*

<sup>893</sup> Sur la dégénérescence de l'*Aufklärung* en cynisme, voir P. Sloterdijk, *Critique de la raison cynique* (1983), trad. de l'allemand par H. Hildenbrand, Christian Bourgeois éditeur, 1987. L'auteur distingue le cynisme antique (« kunisme »), provocateur et intempestif, d'un Diogène méprisant la grandeur d'Alexandre et le cynisme moderne, celui du dépit et du renoncement, du « c'est triste mais c'est ainsi et nous n'y pouvons rien » consécutifs à l'échec du projet kantien de paix perpétuelle et de toutes autres tentatives mises en échec de transformation du monde par les idées.

<sup>894</sup> A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ?... », *op. cit.*, p. 4.

<sup>895</sup> En témoigne la vigueur par laquelle personnalités politiques et polémistes de tous bords contestent la légitimité démocratique du Conseil constitutionnel, dont l'un d'entre eux a affirmé que le Conseil constitutionnel était « le coup d'Etat permanent béni par les professeurs de droit ». Voir L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, 1994, pp. 557-581 ; L. Garlicki, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens contre développements récents », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 78, n° 2, 2009, pp. 227-246 ; G. Drago, B. François et N. Molfessis, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999 ; A. Stone Sweet, « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal*, vol. 8, n° 10, 2007, pp. 916-928.

<sup>896</sup> M. Horkheimer et Th. W. Adorno, *La dialectique de la raison* (1944), trad. de l'allemand par E. Kaufholz, Gallimard, coll. Tel, 1974, p. 39.

<sup>897</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>898</sup> M. Meyer, *De la problématique. Philosophie, science et langage*, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 306.

## Chapitre 6

### Liberté et reconnaissance de la recherche en droit

**180. L'idée de science du droit comme entrave à la discussion libre et non faussée.** - Les prétentions à la scientificité en droit ont montré ce qu'elles dissimulaient de plus essentiel derrière ce qu'elles nomment descriptions et prédictions. Sous la couverture scientifique, il y a des propositions juridiques. Il y a conceptions du droit en concurrence avec celles dont, pourtant, elles prétendent ne pas jouer le même jeu. L'épistémologie juridique scientifique encourage cette dissimulation en frappant d'illégitimité épistémique ceux qui assument leur contribution au droit. Discuter du bien-fondé des raisons et décisions du juge, s'insurger contre l'une d'entre elles, lui proposer une autre solution, interroger la voie sur laquelle le législateur l'oblige à s'engager, suggérer des modifications législatives, militer pour des mouvements jurisprudentiels, *etc.* : serait-ce autant d'infractions à la fonction scientifique que les chercheurs en droit devraient assumer à tout prix ? À trop le croire, l'épistémologie positiviste sanctuarise la discussion juridique, instance à laquelle les autorités, seules, survivent en adhérentes légitimes. Le retournement de l'*Aufklärung*, autrefois dénoncé par Horkheimer et Adorno, trouve dans l'épistémologie juridique une efficacité historique spectaculaire : le *sapere aude* s'est transformé en un *taisons-nous*<sup>899</sup>.

L'application sans discernement du schéma sujet/objet de la philosophie scientifique à la discipline juridique rend inaudible l'appel des Lumières à sortir de notre minorité intellectuelle. À sanctionner ce qui se risque hors des sentiers battus par les autorités, elle condamne à la démission ceux pour qui la soumission à l'autorité est inacceptable<sup>900</sup>. Armée de son anticognitivisme, l'épistémologie juridique scientifique organise une compétition régressive vers le moins-disant, où chacun viendrait reprocher à l'autre d'avoir trop livré de ses convictions. S'est-il prononcé sur ce dont on ne peut rien connaître ? Ne s'est-il pas trahi ? S'est-il affirmé ?

---

<sup>899</sup> É. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison publique*, 20 mars 2013.

<sup>900</sup> Pour le positiviste face au droit nazi, le mutisme est, selon Olivier Jouanjan, l'unique solution : « D'une part, un positiviste n'est positiviste (ne devrait l'être) qu'en tant qu'il est juriste (ce n'est pas une qualité morale, mais « scientifique ») et rien ne l'empêche d'être un homme de conviction par ailleurs. [...] *Le positiviste peut choisir de se taire* et ce n'est pas le positivisme comme tel qui le pousse à commenter l'innommable », O. Jouanjan, « Justifier l'injustifiable », *Astérian*, n° 4, 2006, p. 130.

La traque du normatif, de l'idéologie et du jugement de valeur dans la recherche en droit aurait à se poursuivre éternellement, car rien ne peut être dit de décisif sur le droit qui puisse être admis comme son exposition innocente. Le mode d'être du droit est pratique, social-historique et linguistique, et nous sommes, dès qu'on en parle, pris dans le jeu de son langage, dans le cours de son histoire : « dès qu'il y a activité pratique, nous, êtres humains, nous trouvons embarqués »<sup>901</sup>. L'historicité du droit implique qu'il n'est pas déjà déterminé logiquement ou réellement, comme s'il était guidé par les rails de la logique ou d'une réalité implacable. En institution permanente, il présente à chacune de ses instanciations majeures l'occasion d'un renouvellement inédit. Même ce qui a été fait, jugé, pourra être défait, déjugé, selon des déterminations nouvelles qui, précisément, sont à *déterminer*. Dans un tel environnement, l'épistémologie juridique scientifique voit son accouchement éternellement différé, échouant toujours à satisfaire la promesse contradictoire d'une science du droit extérieure au droit qui présenterait un intérêt à ceux qui pourraient la lire : juges, avocats, législateurs, *etc.* En consolation de cette impossibilité frustrante, l'idéalisation d'une science du droit inhibe les propositions, distord la conversation. Elle fausse la concurrence des idées, aimant à croire à l'innocence de l'une au détriment de l'autre, créditée d'idéologie. Dans ses effets, l'épistémologie juridique scientifique est une entrave à la libre circulation des propositions juridiques, profitant parfois à ceux qui tirent le mieux leur épingle du jeu rhétorique de la scientificité.

**181. La structure de base de la discussion juridique comme projet de l'épistémologie juridique.** - Concevoir la recherche en droit par son herméneutique permet de penser le rétablissement d'un équilibre discursif menacé. Pour une épistémologie juridique débarrassée de tout idéal scientifique, seule importe l'exigence éthique de discussions juridiques bien menées. Dans ce cadre, il faudra renoncer à présenter une méthodologie dérivée de ce que l'on se figurerait être un savoir juridique véritable. Il faudra accepter que « toutes les méthodologies ont leurs limites » et même, si l'on a un goût pour la provocation, suivre Feyerabend dans le *credo* d'une théorie anarchiste de la connaissance : « La seule "règle" qui survit, c'est : "Tout est bon" »<sup>902</sup>. L'idée est polémique mais avec elle, au moins, l'épistémologie juridique gagnerait en prudence. Il lui reviendrait d'élucider les conditions de réalisation d'une « structure de base » à partir de laquelle « les partenaires sont considérés et se considèrent eux-mêmes comme des personnes morales libres et égales »<sup>903</sup>.

<sup>901</sup> J. Dewey, *La quête de certitude. Une étude de la relation entre connaissance et action* (1929), trad. de l'anglais par P. Savidan, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2014, p. 26.

<sup>902</sup> P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance* (1975), trad. de l'anglais par B. Jurdant et A. Schlumberger, Seuil, coll. Points Sciences, 1979, p. 333.

<sup>903</sup> J. Rawls, « La structure de base comme objet » (1978), in *Justice et démocratie*, trad. de l'anglais par C. Audard, P. de Lara, F. Piron et A. Tchoudnowsky, Seuil, coll. Points Essais, 1993, p. 38. "Personne morale" signifie ici une personne capable de développer une conception du bien et de la justice.

La liberté de la recherche en droit jouerait ainsi le rôle d'un principe fondamental. Il importe, dans cette perspective, d'en éclairer la signification.

**182. La liberté d'expression pour les chercheurs en droit** - Puisque la recherche du droit est une activité qui s'exerce par le langage et la discussion, il s'agit d'une *liberté d'expression et de discussion*, dont l'indissociabilité apparaît clairement chez John Stuart Mill<sup>904</sup>. Celle-ci implique une attitude partagée de tolérance vis-à-vis des conceptions adverses, y compris celles hautement contestables, au motif que même les erreurs les plus lourdes ont pour mérite de susciter l'effort d'une argumentation contradictoire : « ce qu'il y a de particulièrement néfaste à imposer silence à l'expression d'une opinion, c'est que cela revient à voler l'humanité : tant la postérité que la génération présente, les détracteurs de cette opinion davantage encore que ses détenteurs. Si l'opinion est juste, on les prive de l'occasion d'échanger l'erreur pour la vérité ; si elle est fausse, ils perdent un bénéfice presque aussi considérable : une perception plus claire et une impression plus vive de la vérité que produit sa confrontation avec l'erreur »<sup>905</sup>. « La plus intolérante des Églises », ajoute Mill, « admet et écoute patiemment, même lors de la canonisation d'un saint, un “avocat du diable” »<sup>906</sup>. Mais on aurait tort de réduire la liberté d'expression à sa dimension négative et individuelle, en vertu de laquelle le chercheur a le droit d'exprimer la plus extravagante de ses idées pour le droit<sup>907</sup>. On aurait tort, également, de croire la question résolue parce qu'elle est protégée par le juge ce qui, par ailleurs, est le cas en France<sup>908</sup>. Comme le remarque Axel

<sup>904</sup> J. S. Mill, *De la liberté* (1859), chapitre 2 : « De la liberté de pensée et de discussion », trad. de l'anglais par L. Langlet, UQAC, 2002, pp. 15-43.

<sup>905</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>906</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>907</sup> Pour Dworkin, « celui qui ne veut pas convenir que le code de la route a force de loi ne se contredit pas, et n'exprime pas non plus des pensées que personne ne pourra comprendre. Nous ne le comprenons que trop bien, et il n'est pas inconcevable (bien que ce soit improbable) qu'il puisse défendre son point de vue en donnant une réinterprétation radicale de la pratique juridique qui, par ailleurs, se montre assez attrayante pour nous persuader d'abandonner ce qui était auparavant un paradigme cardinal. Nous ne pouvons avoir la certitude que son point de vue recouvre réellement l'ineptie que nous soupçonnons, à moins de l'entendre jusqu'au bout de sa démonstration et de voir si nous partageons ses convictions », R. Dworkin, *L'empire du droit* (1986), trad. de l'anglais par E. Soubrenie, PUF, coll. Recherches politiques, 1994, p. 104.

<sup>908</sup> De manière générale par le Conseil constitutionnel : « par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables », Conseil constitutionnel, 20 janvier 1984, DC n° 83-165, « Loi relative à l'enseignement supérieur », §19. Plus précisément et à l'occasion d'une procédure baillon visant, au motif de diffamation, Laurent Neyret et sa note d'arrêt, l'entreprise requérante a été déboutée et condamnée à verser des dommages et intérêts par la Cour d'appel de Paris sur le fondement de la liberté d'expression : « dès lors que sont ni établies, ni même évoquées, une animosité personnelle de l'auteur – à l'égard de Chimirec et de ses dirigeants – ou l'existence de propos étrangers à la question de droit traitée, le seul fait d'examiner le caractère diffamatoire d'un article tel que celui rédigé par Laurent Neyret est une atteinte à sa liberté d'expression, [...] l'analyse du commentateur de décision juridictionnelle n'ayant [...] pas pour objet d'être seulement didactique mais [aussi de] nourrir le débat sur les orientations de la jurisprudence, qu'il s'agisse d'y adhérer ou de proposer des évolutions souhaitées », Cour d'appel de Paris, 28 sept. 2017, n° 17/00854. Sur cette affaire, G. J. Martin, « Doctrine ? Vous avez dit doctrine ? Qu'elle se taise ! », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n° 1, 2017, p. 9. « Ne baissons donc pas la garde, mais savourons comme

Honneth, « qui invoque son droit étatique garanti à la liberté d'expression se rapporte inévitablement à des tiers qui lui contestent ce droit, d'une manière qui lui interdit de les envisager comme des destinataires de ce qu'il entend exprimer »<sup>909</sup>.

La liberté, comme celle d'expression et de discussion, implique aussi une dimension réflexive et sociale. Un chercheur en droit, pour exprimer le meilleur de ses convictions, doit pouvoir le faire dans des conditions favorables. Il doit notamment pouvoir se reconnaître (réflexivité) et être reconnu par les autres (socialité) comme un participant *légitime* à la discussion juridique : « Les individus ne font véritablement l'expérience de la liberté, et ne réalisent véritablement cette liberté, que lorsqu'ils participent aux institutions sociales se caractérisant par des pratiques de reconnaissance mutuelle »<sup>910</sup>. Dans cette « atmosphère de liberté »<sup>911</sup>, chacun reconnaît l'autre à la fois comme un autre soi, un pair, et comme une altérité authentique, individu irremplaçable<sup>912</sup> avec qui il est possible et vertueux de raisonner et d'agir. La reconnaissance sociale du travail, fut-il intellectuel, est une relation dialectique entre l'individu et la communauté : « [...] un sujet peut se comprendre comme une personne unique et irremplaçable dès lors que sa façon particulière de se réaliser est reconnue par tous ses partenaires d'interaction comme une contribution positive à la communauté »<sup>913</sup>.

Reconnaître les chercheurs en droit comme des participants légitimes à la discussion juridique, c'est comprendre, dans ce qu'ils font, ce qui les lie aux autres participants, les autres juristes, qu'ils soient avocats ou qu'ils disposent d'un pouvoir de sanction, comme les juges. Ce n'est pas dire que rien ne les distingue par ailleurs. Un chercheur en droit peut prêcher ses convictions dans le désert toute sa carrière, ne jamais emporter le moindre de ses combats. L'avocat, au moins, est assuré d'être entendu par le juge. Quant au juge, lui, il décide, et ses décisions sont assorties de sanction. En temps normal, la police, les huissiers, l'administration

---

il se doit la consécration de la liberté d'expression des "professionnels du droit" ! », se réjouira Gilles Martin dans « Doctrine, vous avez dit doctrine ? Qu'elle s'exprime ! », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n°4, 2017, pp. 613-614. À savoir, ce qui n'est sans doute pas étranger à l'affaire, que l'accusé, Laurent Neyret, est connu pour son combat en droit de l'environnement pour la reconnaissance de l'idée de « préjudice objectif » conçu comme la lésion d'un intérêt collectif en lien avec le vivant et indépendamment de toute répercussion sur des personnes. Voir L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, thèse, 2006 ; L. Neyret, « La réparation aux atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *Recueil Dalloz*, n° 3, 2008, pp. 170-178 ; L. Neyret, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *Recueil Dalloz*, n° 40, 2012, pp. 2673-2674.

<sup>909</sup> A. Honneth, *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique* (2011), trad. de l'allemand par F. Joly et P. Rusch, Gallimard-NRF, coll. Essais, 2015, p. 135.

<sup>910</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>911</sup> J. S. Mill, *De la liberté*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>912</sup> Pour une conception politique et psychanalytique de l'irremplaçabilité des sujets, C. Fleury, *Les irremplaçables*, Folio, coll. Essais, 2015.

<sup>913</sup> A. Honneth, *La lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. de l'allemand par P. Rusch, Folio, Essais, 2015, p. 152. La phrase commence par « Mead part à juste titre du fait qu' [...] ». Axel Honneth se réfère à G. H. Mead, *L'esprit, le soi et la société* (1934), trad. de l'anglais par D. Céfaï et L. Quéré, PUF, coll. Le lien social, 2006.

pénitentiaire et fiscale lui sont dociles. Ses conceptions de ce qu'il est juste de décider sont imposées par la force. Le juge suprême d'un ordre juridictionnel jouit, on le sait, d'un pouvoir considérable. En comparaison, la situation du chercheur en droit semble fragile et précaire. Lui n'a aucun pouvoir de sanction. Les cyniques et les mélancoliques trouveront peut-être ses contributions insignifiantes<sup>914</sup>. Mais est-ce une raison pour l'épistémologie d'imposer ces traits d'esprit à tous en assignant les chercheurs en droit au rang de spectateurs ? Une épistémologie *pour* les chercheurs en droit ne devrait-elle pas, au contraire, insister sur l'intérêt de leurs travaux, s'empresse de reconnaître en leurs œuvres des contributions positives à la communauté ? Ne serait-ce pas là une meilleure façon de trouver à la recherche en droit un « profil haut », plus que dans sa conformité éventuelle aux standards de la scientificité ? Dans cette perspective, reconnaissons que les chercheurs en droit sont des juristes eux aussi, travailleurs du droit, tous concernés et acteurs de l'administration de la justice (**section 1**).

L'épistémologie juridique positiviste refuse d'opérer cette reconnaissance par l'effet de l'application forcée du concept de science à la recherche juridique. Pour envisager une analyse scientifique du droit, il a fallu retirer toute intelligence à l'objet-droit, et alors il devient difficile de saisir comment l'intelligence du chercheur pourrait y contribuer. Ou même, trop concentrée à imiter les sciences naturelles, l'épistémologie juridique positiviste condamnerait, presque par réflexe, toute intervention sur le phénomène à observer, comme si c'était compromettre les conditions d'analyse du comportement spontané d'un phénomène juridique naturalisé<sup>915</sup>. Mais il resterait une véritable objection, sérieuse et redoutable, à nos bons sentiments : celle de l'illégitimité *politique* des chercheurs en droit, argument ayant pour corollaire l'idée que seules les autorités démocratiquement instituées sont habilitées à déterminer souverainement le juste et l'injuste. L'argument de la légitimité politique est d'autant plus puissant quand il s'adosse à l'anticognitivisme éthique, selon lequel les valeurs ne sont passibles d'aucune connaissance, mais seulement d'un choix arbitraire. Dans ce contexte, il est bon de rappeler que les chercheurs en droit sont légitimes à participer à la discussion juridique, non parce qu'ils seraient les représentants d'une science ou de la raison,

---

<sup>914</sup> J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Presses de l'Université de Toulouse, 1981, p. 11.

<sup>915</sup> Pour la science économique, John Dewey avait fait l'hypothèse que la doctrine du « laisser-faire » séduit les économistes parce qu'elle est conforme aux principes méthodologiques des sciences de la nature : « *Laisser-faire*, voilà quelle était la conclusion logique. Que la société s'organise pour tenter de régler le cours de l'économie, afin de mettre celle-ci au service de fins définies humainement, c'était là une interférence préjudiciable. Cette doctrine est manifestement le rejeton de la conception, héritée de la philosophie newtonienne, des lois universelles conçues comme ce à quoi doivent se soumettre les phénomènes. Mais si l'homme engagé dans l'acte de connaître intervient sur la scène naturelle, un facteur produisant des choses connues, le fait que l'homme soit partie prenante des affaires sociales ne constitue pas un obstacle à la connaissance de ces dernières. Bien au contraire, une certaine méthode de participation dirigée est une précondition pour qu'il parvienne à une quelconque compréhension authentique. L'intervention humaine destinée à la réalisation de fins n'est aucunement une interférence ; c'est un moyen de la connaissance », J. Dewey, *La quête de certitude...*, *op. cit.*, p. 228.

mais parce qu'ils sont *citoyens* et que l'administration de la justice est une chose publique (section 2).

## Section 1 : Les chercheurs en droit sont des juristes

**183. Faire du droit.** - Les chercheurs en droit sont des juristes. C'est dire, en insistant sur l'activité plus que sur les acteurs, qu'ils *font du droit*. L'idée serait plate et évidente pour un lecteur non averti, mais elle n'ira pas de soi pour un théoricien du droit. Pierre Brunet y voit un abus de langage et le risque d'une confusion<sup>916</sup>. Du point de vue positiviste, il est difficile d'admettre qu'un chercheur en droit *fait* du droit car le droit est défini comme la chose créée par les autorités habilitées, et le chercheur en droit n'est pas une autorité habilitée. Mais, dès lors, il devient aussi difficile de considérer qu'une avocate fait du droit. Le mémoire en défense qu'elle dépose est-il *juridique*, si l'on s'en tient à qualifier de "juridique" ce qui est partie de l'ensemble de ce qu'on appelle "droit" ? Personne, c'est certain, n'y verra un document scientifique qui s'en tiendrait à l'analyse du droit-tel-qu'il-est. Ainsi le mémoire en défense, œuvre du quotidien juridique, est invisible sur l'écran-radar de l'opposition du droit et de la science du droit. L'avocature, si essentielle à la pratique juridique, est l'énigme qu'une auteure, se réclamant par ailleurs d'une démarche scientifique<sup>917</sup>, a récemment tenté de résoudre : « selon ces deux théories [le normativisme de Hans Kelsen et le réalisme de Michel Troper], le discours de l'avocat n'est ni normatif, ni scientifique. Il n'est pas normatif car ce discours n'est pas directement à l'origine de normes, mais tend simplement à influencer l'auteur de la norme. Il n'est pas scientifique car à l'image de certains discours doctrinaux, il ne décrit pas le droit tel qu'il est, mais prescrit le droit tel qu'il devrait être »<sup>918</sup>. Quand Carbonnier dit : « les avocats qui plaident en droit font du droit, car ils contribuent à faire la

<sup>916</sup> « Certaines théories du droit et de l'interprétation juridique – les théories herméneutiques – insistent d'ailleurs sur le rôle de cette doctrine dans la production du droit positif et en rendant compte du droit comme une pratique sociale. Mais l'erreur qu'elles commettent est de ne pas distinguer – du moins pas explicitement – le rôle très différent que joue chacun des interprètes dans ce jeu interprétatif. Ainsi, en parlant des « juristes » comme des « travailleurs du droit », par exemple, on fond (ou on confond) en une seule catégorie homogène une très grande diversité de positions de discours. Le risque est alors de rationaliser à l'excès la pratique juridique en laissant entendre que tous les points de vue se valent une fois qu'ont été admis dans le « cercle herméneutique » ceux qui participent à la discussion, si l'on nous permet ce jeu de mots. Or, c'est bien précisément là que le bât blesse : il faut, pour faire partie du cercle, une autorisation voire une recommandation et, en outre, au sein du cercle, certains disposent de prérogatives auxquelles d'autres n'accéderont jamais », P. Brunet, « Le réalisme est-il une théorie de l'interprétation ? », in *La transgression*, Bruylant, 2013, p. 411.

<sup>917</sup> C.-S. Pinat, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Etude de théorie du droit*, Université de Montpellier, thèse, 2015, p. 41 : « Ainsi, à partir d'une ontologie du droit réaliste (le droit réside dans les interprétations de la Cour de cassation), on soutient d'un point de vue épistémologique qu'il peut exister, à côté de la science du droit, une science des discours dogmatiques, dont l'objet consiste à décrire les discours dogmatiques et plus particulièrement le discours de l'avocat aux Conseils, dans la mesure où il produit systématiquement des contraintes juridiques qui restreignent la liberté de l'interprète authentique ».

<sup>918</sup> *Ibid.*, p. 39.

jurisprudence »<sup>919</sup>, le droit passe du statut ontologique d'*objet* à celui d'*activité*. On glisse de l'*être* au *faire être*. Ailleurs, il dira la même chose des commentateurs d'arrêts : « l'arrêviste est juriste et, comme tel, participant au combat pour le droit, ou même pour le juste, a vocation à orienter la jurisprudence. L'annotation implique ainsi un devoir de conseil, partant un pouvoir de remontrance »<sup>920</sup>. Il n'est alors plus question de *description*, mais de *contribution*. Le premier énoncé est précieux dans sa forme car il s'adapte à tous les acteurs juridiques, formulant un truisme dans certains cas :

*Les avocats, quand ils plaident, font du droit,*

*Les juges, quand ils décident, font du droit,*

*Les législateurs, quand ils légifèrent, font du droit,*

*Les avocats généraux, quand ils concluent, font du droit,*

*Les chercheurs en droit, quand ils publient, font du droit,*

*car ils contribuent à faire la jurisprudence.*

Ces énoncés sont acceptables tels quels, mais la connexion conceptuelle entre "faire du droit" et "contribuer à la jurisprudence" ouvrirait peut-être mieux au questionnement si l'on inversait l'inférence. Ces gens font du droit *donc* ils contribuent à la jurisprudence, et seulement avons-nous la confirmation évidente de la juridicité de leur activité quand cette contribution est réussie. La contribution à la jurisprudence tient sans doute davantage d'une conséquence possible que d'une condition nécessaire à l'activité juridique. En quoi, alors, font-ils tous du droit ? En quoi, s'ils occupent des rôles différents – le juge n'est pas un chercheur en droit, le chercheur en droit n'est pas un avocat –, sont-ils tous juristes ? Les chercheurs en droit sont, *mutatis mutandis*, des juristes comme les autres parce qu'ils s'expriment sur la manière dont le juge doit décider, c'est-à-dire l'administration de la justice (§1). À ce compte, ils prétendent nécessairement, c'est-à-dire à titre pragmatique et transcendantal, à la justice. La justice dans leurs intentions significatives donne un sens à la participation des chercheurs en droit à la pratique juridique (§2).

## §1. L'attention envers l'administration de la justice

**184. Communion des juristes autour de l'administration de la justice.** - Explorons la perspective d'après laquelle un énoncé est "juridique" dès qu'il exprime ou concourt à

<sup>919</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République* (1996), Flammarion, 2006, p. 88.

<sup>920</sup> J. Carbonnier, « Notes sur les notes d'arrêts. Chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du Doyen René Savatier au Dalloz », *Recueil Dalloz*, 1970, 32<sup>e</sup> cahier, Chronique XXX, 1970, p. 138.

l'expression de propositions sur la manière dont le juge doit décider des cas litigieux qui lui sont soumis ou, à la limite, sur la manière dont il devrait procéder s'il y en avait un. Dans ce dernier cas, on devra imaginer un tiers impartial à qui il appartiendrait de départager des parties aux litiges. Les argumentations, les raisons et les interprétations qui soutiennent ce genre de propositions sont, par cet usage, des argumentations, des raisons et des interprétations juridiques. L'administration de la justice par le juge constitue l'horizon interrogatif des participations aux discussions juridiques et, en même temps, le centre de gravité de ces discussions. Par analogie, le questionnement sur la façon dont nous devons mener nos vies constitue le centre de gravité des discussions morales et l'horizon interrogatif de ceux qui participent à ces discussions. Dans le vocabulaire de Gadamer, l'administration de la justice est la « chose elle-même » au milieu de toutes les conversations juridiques. Il s'agit de *ce dont* parlent les juristes.

**185. Les autres juristes.** - Dans cette perspective, le constituant fait du droit quand il rédige la Constitution, comme quand il affirme que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »<sup>921</sup> ou que « nul ne peut être condamné à la peine de mort »<sup>922</sup>. Il fait du droit quand, à l'article 34 de la Constitution, il détermine le domaine de la loi. Telle loi litigieuse s'en tient-elle au domaine législatif ? Le juge doit-il déclarer inconstitutionnelles les dispositions législatives s'appliquant hors du domaine de la loi ? Le Conseil constitutionnel, lui, estime que « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi »<sup>923</sup>.

Le législateur lui aussi fait du droit, au sens où, lorsqu'il dit que « le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende »<sup>924</sup> ou, dans la section du Code civil concernant la tutelle et la curatelle, que « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée »<sup>925</sup>, il détermine la façon dont la justice doit être rendue par les juges. La première disposition intéresse notamment cette situation où, par un malentendu, trois enfants d'un couple se retrouvent seuls à l'arrivée d'un bateau,

<sup>921</sup> Article 66 al. 2 de la Constitution française.

<sup>922</sup> Article 66-1 de la Constitution française.

<sup>923</sup> Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, DC n° 82-143, *Lois sur les prix et les revenus*. Il avait alors estimé que le respect des articles 37 al. 2 et 41 de la Constitution (le premier autorise et encadre la modification par décret des textes de forme législative empiétant sur le domaine réglementaire et le second permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi) dispense le Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle une loi empiétant sur le domaine réglementaire.

<sup>924</sup> Article 223-3 du Code pénal.

<sup>925</sup> Article 265-1 du Code civil.

puis sont récupérés par la police et placés provisoirement, les parents étant incapables de venir les chercher rapidement<sup>926</sup>. La seconde indique ce que le juge doit décider quand un tuteur saisit le tribunal de grande instance d'une demande en adoption pour le compte de la personne qu'elle assiste<sup>927</sup>.

Les avocats font du droit. Parmi eux, « les exégètes amateurs » se présentent en effet comme un « groupe d'action juridique et contentieuse »<sup>928</sup>. Affaire en cours : ils contestent, devant le Conseil d'État, le refus implicite du Gouvernement d'abroger l'article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques et le décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Ils ont, pour ce faire, rédigé et déposé un mémoire introductif d'instance au Conseil d'État<sup>929</sup>, puis un mémoire complémentaire<sup>930</sup>, un mémoire sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>931</sup>, un mémoire en réplique suite à la réponse du ministère de la justice<sup>932</sup> et, enfin, des observations complémentaires suite à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne « Tele2 »<sup>933</sup>. À chaque fois qu'ils s'adressent au Conseil d'État, ils n'implorant pas sa grâce ou un traitement de faveur. Ils affirment qu'au regard des textes européens notamment, le juge administratif *doit* abroger les deux dispositions litigieuses, et qu'il commettrait une erreur en décidant autrement. Ils ont rédigé une argumentation à plusieurs étages qui démontre pourquoi la décision du juge doit suivre leurs conclusions (abrogation des textes). Naturellement, la partie adverse, soit ici l'Administration, rétorquera l'exact inverse, justifiant à son tour pourquoi la décision du juge devra lui être favorable (rejet de la demande d'abrogation).

L'avocat général, lui aussi, est un juriste. Quand le juge suédois interroge à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité de restrictions imposées par la réglementation suédoise sur la publicité télévisée avec le droit communautaire, l'avocat général Geoffrey Jacobs exprime, le 17 septembre 1996 et au bout

<sup>926</sup> La Cour de cassation a jugé que, selon l'article 223-3 du Code pénal, le délit de délaissement suppose un acte positif, c'est-à-dire une intention d'abandon, qui était en l'espèce inexistante. Elle a donc cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Bastia qui avait jugé l'infraction commise (Cour de cassation, chambre criminelle, 23 février 2000, n° 99-82.817).

<sup>927</sup> Sur ce point, la Cour de cassation a jugé que « la présentation d'une requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant placé sous tutelle » (Cour de cassation, 1<sup>e</sup> chambre civile, 4 juin 2007, n° 05-20.243)

<sup>928</sup> Selon leur présentation sur leur site internet, URL [consulté le 7/10/2018] : <https://exegetes.eu.org/>

<sup>929</sup> <https://exegetes.eu.org/dossiers/abrogationretention/2015-09-01-recours.pdf>

<sup>930</sup> <https://exegetes.eu.org/dossiers/abrogationretention/2015-11-27-complement1.pdf>

<sup>931</sup> <https://exegetes.eu.org/dossiers/abrogationretention/2016-05-17-complement-charte.pdf>

<sup>932</sup> <https://exegetes.eu.org/dossiers/abrogationretention/2016-07-22-replique.pdf>

<sup>933</sup> <https://exegetes.eu.org/dossiers/abrogationretention/2017-02-01-abro-tele2.pdf>. Leurs observations « entendent tirer les conséquences, dans la présente instance, de l'arrêt de la grande chambre de la Cour de justice du 21 décembre 2016 (Cour de justice de l'Union européenne, grande chambre, 21 décembre 2016, C-203/15, C-698/15 *Tele2 Sverige AB*), p. 1.

d'une longue argumentation, la conclusion de ses conclusions : « Nous sommes par conséquent d'avis qu'il y a lieu de répondre comme suit aux questions posées par le marknadsdomstolen : 1) L'article 2, paragraphe 2, de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, interdit à un État membre de prendre des mesures à l'encontre de publicités télévisées diffusées à partir d'un autre État membre. 2) Ni la directive précitée ni les articles 30 et 59 du traité ne s'opposent à l'application par un État membre d'une législation nationale interdisant les publicités destinées aux enfants de moins de 12 ans dans l'hypothèse où l'annonceur et l'organisme de radiodiffusion télévisuelle sont établis dans cet État et que les publicités sont diffusées par une chaîne de télévision intérieure reçue exclusivement par des téléspectateurs dans cet État »<sup>934</sup>. Il indique finalement ce que la Cour de justice *doit* dire, « qu'il y a lieu de répondre comme suit ». Que la Cour le suive ou le contredise ne revêt aucune importance quant à la juridicité de son acte de langage, mais simplement quant à sa réussite<sup>935</sup>.

Le juge lui aussi fait du droit, car il exprime ce que les juges, lui et les autres, doivent décider. Qu'un juge exprime ce que d'autres juges doivent dire est une chose entendue à l'égard de toutes les juridictions d'ordre supérieur et suprêmes, en tant que telles chargées d'évaluer la décision d'une juridiction inférieure. La Cour de cassation, par exemple, a pour mission de « statuer sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire »<sup>936</sup>. La Cour de cassation « rejette le pourvoi » ou « casse et annule » après examen de la décision. Elle considère, par exemple, à propos du cas où un délégué syndical commun avait été désigné pour l'ensemble du personnel de trois sociétés distinctes et qu'on avait contesté cette désignation, que « *le tribunal a pu déduire* de l'ensemble de ces constatations que les trois sociétés, bien que juridiquement distinctes, constituaient, non des entreprises séparées, mais en raison de leur compénétration, de la confusion de leurs activités et de leur communauté d'intérêts et de direction, un ensemble économique unique dont l'effectif des salariés devait être envisagé globalement au point de vue de la désignation des délégués syndicaux », précisant en passant que « l'erreur commise *par le tribunal* en ce qui concerne la date de création de la société Desca est sans influence sur la solution du litige ». Elle fournit ici ses raisons d'affirmer son

<sup>934</sup> Cour de justice des communautés européennes, 9 juillet 1997, C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Konsumentombudsmannen c/ De Agostini et TV-Shop*, conclusions de l'avocat général M. F. G. Jacobs.

<sup>935</sup> En l'occurrence, la Cour de justice a globalement suivi son avocat général en décidant par une formule inversée, que « la directive 89/552 doit être interprétée comme faisant obstacle à l'application aux émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres d'une disposition d'une loi nationale sur la radiodiffusion qui dispose qu'une séquence publicitaire diffusée au cours des plages horaires prévues pour la publicité télévisée ne doit pas viser à capter l'attention des enfants de moins de 12 ans », *ibid.*, §62.

<sup>936</sup> Article 411-2 du Code de l'organisation judiciaire.

accord avec la juridiction inférieure et donc de « rejeter le pourvoi formé contre le jugement »<sup>937</sup>.

De façon générale, un juge ne peut pas, sauf à se déjuger immédiatement, faire autrement qu'affirmer qu'il aurait dû juger de la même manière un cas semblable *mutatis mutandis*. Ce qu'il dit vaut, toutes choses égales par ailleurs, pour les cas semblables à venir, qu'il en ait lui-même la charge ou qu'un autre juge en soit saisi. En jugeant que les sociétés Fernande Desgranges, Desca et Cilia formaient un ensemble économique unique, la Cour de cassation assume aussi l'idée que toutes les entreprises distinctes fortement enchevêtrées, montrant une telle confusion de leurs activités et de leur communauté d'intérêts et de direction, doivent être envisagées comme un ensemble économique unique, de sorte qu'à chaque fois, l'effectif des salariés doit être considéré globalement en vue de la désignation des délégués syndicaux. La décision juridictionnelle « est à la fois règle en action pour l'espèce et règle en attente pour toutes les espèces semblables »<sup>938</sup>. Dès lors, tout jugement devient *précédent*, contribue à la jurisprudence. Quant au jugement en lui-même, il est aussi affirmation du juge sur ce qu'il doit décider pour le cas présent. Son argumentation tend à démontrer non pas qu'il *veut* juger ainsi mais qu'il le *doit*. Il n'y fait pas état de ses préférences personnelles comme on expliquerait notre choix dans le menu d'un restaurant par « je n'aime pas les plats en sauce et j'avais envie d'un repas copieux » ; il ne dit pas ce qu'il *aime* ou ce dont il a *envie*, mais justifie sa décision en expliquant pourquoi il *doit* décider de cette manière. Il ne s'en tient pas à l'expression de ses préférences personnelles parce qu'il tient à ce que sa décision soit acceptée par le public. Ses raisons doivent donc être universelles, et non personnelles ou corporatistes, pour qu'elles aient une chance d'être partagées. Les représentants des parties au litige pourront saisir, si elle existe, une juridiction supérieure, le législateur pourra le contredire par l'adoption d'une loi en contre-pied et les chercheurs en droit pourront l'épingler vertement si sa décision leur paraît scandaleuse. Ainsi, voix et main du juge sont tremblantes car ses faits et gestes sont scrutés par la communauté des juristes et qu'ils sont au cœur de toutes leurs discussions.

**186. Les juristes chercheurs.** - Posant en principe que tout geste linguistique qui concourt à exprimer une version de ce que le juge doit faire est un geste d'expression "juridique", soit *faire du droit*, on reconnaît sans peine que le constituant, le législateur, l'avocat, l'avocat général et le juge font du droit. Dès lors, nous parlons de *recherche juridique* ou de *recherche en droit* : les chercheurs en droit sont des juristes car ils contribuent à la détermination de la manière dont le juge doit décider : « La fonction principale de l'activité des chercheurs en droit [*legal theorists*], qui est responsable de leur importance énorme et de

<sup>937</sup> Cour de cassation, chambre sociale, 19 décembre 1972, n° 72-60.088.

<sup>938</sup> Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2015, p. 145.

leur influence dans le développement du droit des pays européens continentaux, est et a toujours été de fournir une aide [*providing guidance*] pour l'administration de la justice »<sup>939</sup>.

L'affaire est entendue pour la « doctrine », qui reconnaît et revendique son engagement herméneutique. La restitution des débats du colloque autour de « l'intégration sociale des migrants » a suffi pour s'en apercevoir<sup>940</sup>. Les juges européens doivent-ils faire usage de ce concept pour décider de l'obligation des États à garantir les prestations sociales aux immigrés européens ? Le faire ne les engagent-ils pas à revoir toute la jurisprudence du droit européen des personnes ? Ne voit-on pas une contradiction à ce que l'intégration sociale soit présentée à la fois comme l'objectif poursuivi par l'obligation d'octroi de prestations sociales sans discrimination et comme une condition de l'obtention de ces prestations ? De quels efforts d'intégration le migrant doit-il faire preuve pour garantir son droit aux prestations sociales de l'État d'accueil ? Quels sont les critères de reconnaissance de ces efforts et comment ferait-on pour vérifier s'ils sont satisfaits ? Doit-on faire confiance aux États quand ils déclarent que ces critères ne sont pas satisfaits en l'espèce ? La justification de cette condition d'intégration par la nécessité de contrer le « tourisme social » dans les États généreux tient-elle vraiment ? La réflexion sur toutes ces questions, et d'autres encore – elles sont innombrables –, contribue à la détermination de ce qu'il faut décider dans les cas où un État refuse à un migrant l'obtention de prestations sociales versées à ses ressortissants, question centrale à l'égard de laquelle, de sa perspective, toutes les autres sont préjudicielles.

**187. Administration de la justice et procédure juridictionnelle.** - Nous ne pouvons pas plus hésiter à inclure dans la discussion juridique les thèses de Wanda Mastor sur les opinions séparées<sup>941</sup> et d'Adrienne Callejas sur les visas en cassation civile<sup>942</sup>, car toutes deux parlent de la manière dont le juge doit traiter les cas.

Ce qui nourrit notre intérêt envers les recherches de Wanda Mastor est la question de savoir si les juridictions européennes et françaises devraient publier les opinions minoritaires des juges en désaccord avec les décisions prises collégalement. Comme elle le reconnaîtra, sa thèse est une *plaidoirie* en faveur des opinions séparées<sup>943</sup> – quoi qu'elle puisse en dénoncer « l'utilisation [...] comme tribune politique qui, loin de renforcer son

---

<sup>939</sup> C. S. Nino, *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica*, Universidad de Carabobo, 1979, p. 97, cité par F. P. Shecaira, *Legal Scholarship as a Source of Law*, Springer, 2013. Nous traduisons la citation de Nino par Shecaira, qui s'est accordé une grande liberté dans la traduction, toutefois conforme à l'esprit général du texte de Nino.

<sup>940</sup> Voir *supra* § 97-105.

<sup>941</sup> W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, préface de M. Troper, Presses Universitaires Aix-Marseille, coll. Droit public positif, 2005.

<sup>942</sup> A. Callejas, *Le visa en cassation civile*, thèse, Aix-en-Provence, 2017.

<sup>943</sup> W. Mastor, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Recueil Dalloz*, n° 12, 2010, p. 714.

image, la détériore et nourrit les arguments de ses détracteurs »<sup>944</sup>. Dans les *conclusions* de sa thèse, elle épingle les arguments avancés par les détracteurs des opinions séparées et leur oppose les siens. Contre l'idée que l'institution des opinions séparées conduit à « l'affaiblissement de l'autorité morale de la décision » et à « la perte du prestige du tribunal »<sup>945</sup>, elle estime qu'au contraire, « l'autorité des décisions des juridictions constitutionnelles, loin d'être altérée, est renforcée par la présence des opinions séparées. La pression que représente l'éventualité de la publication d'opinions dénonçant l'insuffisance de l'argumentation de la majorité entraîne une motivation mieux étayée. De ce fait, l'autorité de la décision et celle de la Cour n'en sortent que renforcées »<sup>946</sup>. Face à la crainte « que la divulgation des opinions séparées ne porte atteinte à son indépendance »<sup>947</sup> : « Nous avons tenté de démontrer » dit-elle, « que bien au contraire, la possibilité qu'ont les juges constitutionnels de dévoiler leur dissidence est tout à la fois l'*expression* mais aussi la *garantie* de leur indépendance »<sup>948</sup>. Enfin, elle répond à l'objection d'un alourdissement de la décision que la divulgation des divergences entraînerait, « critique la plus redoutable faite à l'encontre des opinions séparées »<sup>949</sup> : « Nous ne pouvons qu'admettre les difficultés découlant de l'interprétation d'une *plurality opinion*<sup>950</sup>. Leur développement au sein de la Cour suprême est fort regrettable et porte préjudice à l'institution de l'expression des divergences dans son ensemble. [...] Hormis le problème des *plurality opinions* nous avons tenté de démontrer que les opinions séparées faciliteraient au contraire la lecture de la décision majoritaire et plus généralement de la jurisprudence de la juridiction »<sup>951</sup>. Ainsi, l'auteure n'aura vu que des avantages à son institutionnalisation « en douceur » au Conseil constitutionnel : « L'introduction d'une "certaine dose" de publicité des opinions minoritaires nous paraît préférable. Une telle proposition pourrait être taxée de frileuse, n'étant ni complètement favorable aux opinions séparées, ni complètement contre. L'éventuelle introduction d'une telle nouveauté au Conseil constitutionnel poserait d'inévitables difficultés. La voie d'une réforme en "douceur" apparaît ainsi plus réaliste »<sup>952</sup>.

---

<sup>944</sup> *Ibid.*

<sup>945</sup> W. Mastor, *Les opinions séparées...*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>946</sup> *Ibid.*, p. 315.

<sup>947</sup> *Ibid.*

<sup>948</sup> *Ibid.*

<sup>949</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>950</sup> « Incapables de faire ressortir une opinion majoritaire, les juges rendent une décision à la pluralité des voix », *ibid.*, p. 113. « La "*plurality decision*" est un cas sans "opinion de la Cour" : la majorité des membres du Tribunal coïncident sur le résultat (...) mais il n'y a pas de consensus de la majorité quant à la justification de résultat », M. A. Thurmon, « When the Court divides : reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decision », *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, p. 419, cité et traduit par W. Mastor, *Les opinions séparées...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>951</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>952</sup> *Ibid.*, p. 183. Pour l'ensemble de ses recommandations, *ibid.*, pp. 183-196. Dans la préface, Michel Troper se demande : « est-il permis, notamment du point de vue du positivisme juridique, de recommander que l'on autorise les opinions séparées ? ». Pour lui, « ces recommandations ne sont [...] que des normes techniques, c'est-à-dire des propositions qui décrivent une relation causale entre des faits, du type "pour

La thèse d'Adrienne Callejas sur les visas en cassation civile parvient, quant à elle, à nous convaincre des vertus de la pratique de la Cour de cassation française qui consiste à présenter, en introduction de l'arrêt, les textes et principes sur le fondement desquels la décision de la juridiction antérieure doit être cassée et annulée. Elle conclut sa thèse ainsi : « Dans un contexte qualifié par certains de postmodernité et marqué par une crise des sources du droit, le visa se présente paradoxalement comme un outil efficace de motivation de la solution. Certes, la justification ainsi opérée n'est jamais dialectique, le visa ne présentant pas les arguments contraires, mais elle n'est pas aussi rigide que ce que l'on aurait pu croire. La pratique du visa interprétatif permet l'intégration, dans la justification de l'arrêt, non seulement d'instruments dépourvus d'effet direct, mais aussi des décisions des juridictions avec lesquelles la Cour de cassation doit aujourd'hui composer. [...] Le visa, vestige du légalisme révolutionnaire, a su évoluer et se réinventer, au point d'apparaître comme un outil adapté face au défi de la multiplication des sources du droit »<sup>953</sup>.

La valeur contributive de leurs publications respectives pourra être éprouvée concrètement si d'aventure les débats s'engagent autour de l'institution de la pratique des opinions séparées par le Conseil constitutionnel, ou bien de l'abandon de celle des visas par la Cour de cassation. Ces travaux seront convoqués par citations et références, et leurs auteurs seront peut-être invitées à intervenir publiquement pour éclairer les enjeux d'une telle réforme, tordre le cou à certains arguments spécieux, nous alerter sur quelques dangers éventuels, *etc.*

**188. Théories de l'argumentation.** - Les théories de l'argumentation sont elles aussi convoquées par la question juridique. Travailler sur le principe de proportionnalité, par exemple, c'est encore travailler la question centrale de la discipline juridique. Ainsi, le débat entre Robert Alexy, qui défend le principe de proportionnalité et Jürgen Habermas, beaucoup plus critique sur l'usage de cette méthode par le juge, participe de la réflexion sur l'importance grandissante que cette dernière prend pas à pas sur la façon qu'ont les juges de décider et de justifier leurs décisions<sup>954</sup>. Antonio Marzal Yetano, lui aussi, contribue à cette discussion, rendant explicites les conséquences juridiques de l'adoption de ce type de raisonnement sur des décisions concernant les libertés de circulation du droit de l'Union européenne. Il

---

faire bouillir de l'eau, il faut la chauffer à 100° ». Par chance, Wanda Mastor reçoit donc l'autorisation épistémologique d'émettre ses recommandations car, en dépit de ce qu'elles peuvent paraître, elles « sont non des prescriptions, mais des descriptions », M. Troper, « Préface », in W. Mastor, *Les opinions séparées...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>953</sup> A. Callejas, *Le visa en cassation civile*, thèse, Aix-Marseille Université, 2017, p. 406.

<sup>954</sup> Robert Alexy défend le principe de proportionnalité dans R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (1985), trad. de l'allemand par J. Rivers, Oxford University Press, 2010. Jürgen Habermas critique sa position dans J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (1992), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Gallimard, coll. NRF Essais, 1997, pp. 276 et s. Sur ce débat, voir J. Y. Chérot, « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *Cahiers de méthodologie juridique, Revue de la recherche juridique*, n° 31, 2017-5, à paraître.

remarque en particulier « l'incompatibilité du principe de proportionnalité avec l'autonomie politique des États membres »<sup>955</sup>, le principe de proportionnalité mettant en œuvre une « prévalence d'un discours technocratique » dont il va jusqu'à suggérer qu'elle a « peut-être [...] été imposée par un groupe dominant »<sup>956</sup>. Il invite, en fin de course, à dépasser la logique implicite à l'examen de proportionnalité par la Cour : « Un autre modèle est pensable. Néanmoins, il convient d'hésiter quant à la possibilité d'un prochain nouveau tournant dans le droit de l'Union. Aujourd'hui, la crise de la dette ne semble pas avoir donné lieu à une remise en cause d'un modèle technocratique, mais plutôt à son renforcement. Garantira-t-il pourtant la survie et le progrès de l'Union ? Nous n'en sommes pas convaincus »<sup>957</sup>.

**189. Études réalistes.** - Les études dites « réalistes » participent également à la discussion autour de ce que le juge doit faire, ce qu'admet d'entrée de jeu le dossier consacré aux « juges sous influence », publié aux *Cahiers de la justice*<sup>958</sup> : « La seule chose qui compte est la formation de la décision judiciaire. Les seules questions qui comptent sont : comment cette décision est prise ? Comment doit-elle être prise ? »<sup>959</sup>. Ces études, on le sait, ont pour caractéristique de s'approprier les recherches sociologiques, politiques ou psychologiques pour saisir autrement la question juridique. Avec elles, nous entrons dans le bain de l'interdisciplinarité : « Les frontières entre les disciplines [...] deviennent très poreuses dans ce champ de recherche. Économistes et statisticiens s'approprient les résultats de la psychologie sociale, de la science politique et du droit ; les psychologues investissent le domaine du processus judiciaire et mettent en place des dispositifs expérimentaux ou des enquêtes statistiques »<sup>960</sup>.

L'interdisciplinarité fascine car elle articule les connaissances. Elle jette des ponts, mais elle n'est pas un pot-pourri de plusieurs disciplines ; cette malheureuse métaphore inclinerait à penser que son mélange gagnerait à être savamment équilibré. Au contraire, des disciplines sont captées et redirigées par une autre centrale qui leur impose ses propres interrogations. Le droit, lui aussi, peut convoquer à ses fins des travaux qui lui semblaient jusqu'alors étrangers. Il les met provisoirement à son profit, pressentant tout compte fait qu'ils lui permettraient de mieux poser et traiter ses propres questions. De ce fait, l'intention des auteurs du dossier sur « les juges sous influence », *via* l'exploration d'autres humanités, reste donc de contribuer à la bonne administration de la justice ; selon sa présentation

---

<sup>955</sup> A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013, pp. 426-436.

<sup>956</sup> *Ibid.*, p. 491.

<sup>957</sup> *Ibid.*

<sup>958</sup> Dossier « Les juges sous influence », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, pp. 499-612.

<sup>959</sup> Présentation anonyme du dossier, *ibid.*, p. 499.

<sup>960</sup> L. Brunin et H. Epineuse, « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, p. 502.

liminaire, de « porter à la connaissance des juges des travaux que d'autres sauront mobiliser à leur rencontre pour mieux neutraliser ce phénomène des influences peut-être, réajuster leur positionnement le plus souvent, et en faire disparaître les effets – justifiés ou polémiques – parfois »<sup>961</sup>.

L'article de Julien Goldszlagier, portant sur « l'effet d'ancrage et la façon dont il peut affecter la décision du magistrat répressif »<sup>962</sup>, est exemplaire de cette intention. L'effet d'ancrage (ou « biais d'ancrage ») est, selon l'auteur, la tendance de l'esprit humain à « cheviller son jugement à la première information dont il a pu disposer (l'ancre) lorsqu'il prend une décision en contexte d'incertitude »<sup>963</sup>. Cet effet a été remarqué dans plusieurs situations, comme celle de la négociation d'un prix où « le fait de formuler une offre initiale constitue un avantage décisif lors de la négociation, en raison de l'effet d'ancrage de la première offre énoncée »<sup>964</sup>. Le procès pénal constituant un contexte d'incertitude pour le juge, l'hypothèse de l'effet d'ancrage sur sa décision a été envisagée, puis confirmée : les juges sont plus sévères si les réquisitions du ministère public sont élevées, plus cléments si elles sont faibles<sup>965</sup>. L'effet d'ancrage persiste chez les magistrats même s'ils sont conscients que les réquisitions du ministère public sont arbitraires<sup>966</sup>. Même la connaissance de la théorie de l'effet d'ancrage par l'agent testé ne suffit pas pour qu'il y échappe : « alors même que les sujets sont avertis du fonctionnement de l'effet d'ancrage et spécifiquement sommés d'y résister, ils y succombent néanmoins »<sup>967</sup>.

La théorie de l'effet d'ancrage « interroge à la fois les principes fondamentaux de la procédure pénale et de la déontologie judiciaire »<sup>968</sup>. La thèse psychologique déploie son

---

<sup>961</sup> *Ibid.*, p. 505.

<sup>962</sup> J. Goldszlagier, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, p. 507. Voir A. Galinsky et D. Mussweiler, « First offers as anchors : the role of perspective-taking and negotiator focus », *Journal of personality and social psychology*, vol. 81, n° 4, octobre. 2001, pp. 657-669.

<sup>963</sup> J. Goldszlagier, « L'effet d'ancrage », *op. cit.*, p. 509.

<sup>964</sup> *Ibid.*, p. 511.

<sup>965</sup> *Ibid.*, p. 513. Voir B. Englich et T. Mussweiler, « Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom », *Journal of Applied Social Psychology*, n° 31, 2001, pp. 1535-1551 ; B. Englich, T. Mussweiler et F. Strack, « The Last Word in Court – A Disadvantage for the Defense », *Law and Human Behavior*, 2005, n°29, pp. 705-722.

<sup>966</sup> B. Englich, T. Mussweiler et F. Strack, « Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 32, 2006, pp. 188-200. Julien Goldszlagier résume ainsi l'expérience menée : « Ils ont présenté un dossier à un échantillon de jeunes magistrats. Ces derniers étaient [...] invités à se prononcer sur la pertinence des réquisitions du ministère public. Cependant, il leur était demandé de déterminer eux-mêmes le *quantum* desdites réquisitions grâce à un jet de dé. Celui-ci était truqué de façon à retourner les seules valeurs de "3" et "9". La moyenne des décisions de ceux des magistrats qui avaient tiré le "3" s'établit à "5,28" mois, quand la moyenne de leurs collègues qui avaient tiré le « 9 » atteignait "7,81" mois. Autrement dit, l'effet d'ancrage des réquisitions joue alors même que les juges ont pu prendre conscience du caractère arbitraire du *quantum* demandé », J. Goldszlagier, « L'effet d'ancrage », *op. cit.*, p. 514.

<sup>967</sup> *Ibid.*, p. 516. Voir T. D. Wilson, C. Houston, K. M. Etling et N. Brekke, « A New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and its Precedents », *Journal of Experimental Psychology*, 1996, General, n° 4, pp. 387-402.

<sup>968</sup> J. Goldszlagier, « L'effet d'ancrage », *op. cit.*, p. 507.

intérêt pour le droit quand elle contredit frontalement l'intuition psychologique de la procédure pénale française qui « tient pour un avantage le fait de bénéficier du dernier mot » et qui, voulant satisfaire le principe de la présomption d'innocence, « a pris soin de gratifier la défense du privilège de l'ultime parole »<sup>969</sup>. « L'idée qui fonde cette règle », justifiait Martine Herzog-Evans, « est que la personne s'exprimant en dernier lieu a plus de chances de faire impression sur les juges, qui en conserveront un souvenir plus frais. Il peut aussi être invoqué *a minima* qu'elle fournit là l'espoir d'un rééquilibrage face à l'inévitable solidarité de corps qui lie les juges du siège à ceux du parquet. Il est donc particulièrement nécessaire que ces derniers s'expriment avant la défense »<sup>970</sup>. « Le pénaliste, ici, s'est fait psychologue »<sup>971</sup>, et il semble s'être trompé : ce n'est pas l'ultime parole qui compte le plus, mais la première. Ce que l'on tient pour un avantage constitue un « handicap pour la défense »<sup>972</sup>. Julien Goldszlagier, en démontrant l'avantage du ministère public sur la défense par l'ordre de parole déterminé par la loi, montre que celui-ci contredit le principe de la présomption d'innocence. La procédure pénale française, en offrant au ministère public le droit de parler en premier, « affaiblit le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé »<sup>973</sup>. Les autres règles procédurales n'y changeront rien : « les garanties de procédure, telles que la collégialité ou l'exercice de ses droits par l'avocat de la défense, ne suffisent pas à le libérer de l'emprise de l'ancrage »<sup>974</sup>. Les solutions proposées par l'auteur nous paraîtront légères : c'est au juge qu'il « appartient de trouver, en lui-même ou dans ses pratiques, les moyens d'y parvenir »<sup>975</sup> : « Le juge doit, pour bénéficier de l'effet de "débiaisage", s'imposer comme pratique de délibération de construire lui-même les arguments à cette fin et de rechercher activement pourquoi les réquisitions du ministère public ne devraient pas être considérées comme adéquates, ce qui suppose une pratique de la délibération particulièrement exigeante »<sup>976</sup>.

Cette analyse psychologique des décisions de justice conduit à exprimer des propositions sur la manière dont le juge doit procéder. Les solutions peuvent décevoir quand elles nous invitent simplement à espérer que le juge s'entraîne à « des pratiques cognitives

---

<sup>969</sup> *Ibid.*, p. 506. L'ordre de parole est ainsi déterminé en matière correctionnelle par les articles 460 et 513 du Code de procédure pénale et par l'article 346 du même code devant la cour d'assise. Le dernier mot pour la défense a été consacré par la Cour de cassation comme un principe général du droit : « l'accusé ou son avocat auront toujours la parole les derniers ; que cette règle générale et fondamentale domine tous les débats et s'applique lors de tout incident contentieux intéressant la défense qui est réglé par un arrêt », Cour de cassation, chambre criminelle., 25 novembre 1998, n° 98-81.273.

<sup>970</sup> M. Herzog-Evans, Note d'arrêt, « Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2007 », *AJ Pénal*, 2007, p. 446.

<sup>971</sup> J. Pradel, « Le prévenu ou son avocat doivent toujours avoir la parole les derniers », *Dalloz*, 2001, p. 519.

<sup>972</sup> J. Goldszlagier, « L'effet d'ancrage... », *op. cit.*, p. 508.

<sup>973</sup> B. Englich, T. Mussweiler et F. Strack, « The Last Word in Court », *op. cit.*, p. 718, cité, traduit et épinglé en encadré par J. Goldszlagier, « L'effet d'ancrage... », *op. cit.*, p. 519.

<sup>974</sup> *Ibid.*, p. 522.

<sup>975</sup> *Ibid.*

<sup>976</sup> *Ibid.*, p. 523.

destinées à lutter contre les mécanismes automatiques et inconscients de la pensée »<sup>977</sup>, mais la question de l'effet d'ancrage sur le juge peut faire son chemin discursif. L'auteur a déjà suscité les réactions d'autres juristes, autant de preuves qu'il engage la discussion avec eux : remarques intéressées de la part d'un magistrat<sup>978</sup>, suggérant d'autres solutions pour contrer l'effet d'ancrage<sup>979</sup>, et amères critiques d'un avocat<sup>980</sup>, témoignant au contraire son « malaise profond » et son « désaccord, tant sur le constat que sur les solutions »<sup>981</sup>. Pouvons-nous croire que les autorités ne puissent jamais s'en saisir pour justifier une modification des règles de procédure pénale inversant les ordres de parole ? Laissons-nous imaginer la Cour européenne des droits de l'Homme invoquer l'effet d'ancrage des réquisitions du ministère public sur les juges. Elle pourrait, sur ce fondement, douter du respect par des procédures pénales nationales du principe de la présomption d'innocence, protégée par l'article 6 de la Convention dont elle est gardienne. Cette vue de l'esprit n'est pas absurde et parviendra peut-être à faire saisir la nature profondément contributive du réalisme psychologique à la question portant sur ce que doit faire le juge.

## §2. Les prétentions implicites à la justice

**190. La justice.** - Les juristes forment une communauté soudée au moins par l'intérêt qu'ils partagent à propos de ce que le juge décide *et* – de façon entremêlée – doit décider : c'est ce dont ils parlent et ce sur quoi ils s'opposent ou s'instruisent les uns les autres, juges compris. Ils adhèrent à cette communauté d'intérêt, quelles que soient leurs fonctions. Ils tirent à la corde en des directions différentes, mais c'est toujours la même corde. Et si, pour les chercheurs, réfléchir à quelques questions en particulier revêt une haute importance, qu'elles leur paraissent parfois mériter des nuits blanches, c'est qu'il y aurait des chances pour qu'après réflexion, toutes les manières alternatives de faire et de décider ne se valent pas. S'ils

<sup>977</sup> *Ibid.*, p. 536.

<sup>978</sup> A. Blanc, « Réaction d'Alain Blanc, Magistrat honoraire et vice-président de l'Association française de criminologie », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, pp. 526-530.

<sup>979</sup> « - L'implication du juge dans l'organisation de la juridiction en amont du travail sur le dossier : au-delà des textes de procédure, le magistrat du siège doit trouver la bonne distance vis-à-vis du parquet pour ne pas se faire instrumentaliser dans la gestion quotidienne du pénal dont il a la charge : sur la construction du rôle de chaque audience, sur l'ordre dans lequel sont examinés les dossiers, sur la configuration de la salle d'audience, sur la durée des affaires, il doit rester, sans diaboliser le ministère public, celui qui tranche. - L'éthique personnelle dès l'examen du dossier, autant, sinon plus qu'à l'audience, c'est l'examen du dossier en son amont et la construction des hypothèses, en préservant sa culture du doute, qui garantit la liberté du juge vis-à-vis de lui-même. - La pratique "démocratique" de la collégialité avec les collègues et avec les jurés : la responsabilisation des assesseurs et des jurés comme contrôle à s'imposer à soi-même est sans doute l'exercice le plus complexe : c'est en contribuant à l'accès de chacun à sa propre liberté de jugement, à l'expression la plus complète de sa vérité, que le président accède à sa propre liberté et renforce sa légitimité "débaisée" », *ibid.*, p. 529.

<sup>980</sup> J. L. Rivoire, « Réaction de Jean-Luc Rivoire, avocat, ancien bâtonnier du barreau des Hauts-de-Seine », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, pp. 530-531.

<sup>981</sup> *Ibid.*, p. 531.

osent défendre de nouvelles conclusions, c'est qu'ils les valorisent comme étant ce que le juge doit faire. La valeur-phare associée à la façon dont les juges tranchent reste, en dépit de toutes les ironies, celle de justice. Selon Hart, « c'est à la fois une vertu principalement adaptée au droit et la plus juridique des vertus »<sup>982</sup>. Droit et justice sont *discipline* et *valeur* épistémiques l'une pour l'autre. Elles sont coextensives, si bien qu'un relativisme radical quant à la valeur de justice ne peut échapper au scepticisme à propos du droit comme discipline épistémique. Pourtant, les législateurs, les juges, les avocats et les chercheurs, lorsqu'ils déterminent précisément la manière dont le juge doit agir, prétendent à la justice de leurs propositions, qu'elles sont plus justes que les autres ou, si toutes les précautions sont requises, moins injustes que d'autres. Si certains, parmi les chercheurs, ne la déterminent pas précisément mais se contentent d'explorer des pistes, c'est au moins qu'ils contribuent à cette détermination : en exprimant les raisons de chacune, en sélectionnant les choix honnêtement envisageables, en soulignant la cohérence de l'un, le bouleversement conceptuel qu'implique l'autre, *etc.* La prétention à la justice pourra aussi se renverser en une critique de l'injuste, négativité axiologique offrant l'avantage d'être mieux accueillie. L'empathie que le « cri de l'injuste » suscite, disait Ricœur, semble mieux entendue et moins suspecte que la satisfaction du juste<sup>983</sup>, comme le faux se débusque plus facilement que le vrai. Dans ce renversement critique, la recherche de la justice prend la forme retroussée d'une croisade contre l'injuste, comme la recherche de la vérité peut alléger son ambition par sa reformulation épistémologique en une lutte contre le faux.

**191. Rejet de la thèse ontologique.** - La thèse *pragmatique-transcendantale*<sup>984</sup> que nous défendons, selon laquelle les juristes prétendent nécessairement à la justice de leurs propositions juridiques, sans quoi ils porteraient eux-mêmes atteinte à la légitimité de leur participation au droit comme projet, n'implique l'adhésion ni à la thèse *ontologique* selon laquelle la justice des propositions est le critère de la juridicité, ni à la thèse *psychologique* impliquant la sincérité des juristes quand ils défendent leurs conclusions.

Selon la thèse ontologique, la juridicité d'un acte de langage dépend en dernière instance de sa valeur de justice : *lex iniusta non est lex*. Parfois défendue par des auteurs

<sup>982</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit* (1961), 2<sup>e</sup> édition augmentée, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, coll. Droit, 2005, p. 25.

<sup>983</sup> « C'est à dessein qu'évoquant des souvenirs d'enfance je nomme l'injuste avant le juste – comme le font d'ailleurs bien souvent, de façon visiblement intentionnelle, Platon et Aristote. Notre première entrée dans la région du droit n'a-t-elle pas été marquée par le cri : C'est injuste ! Ce cri est celui de l'*indignation*, dont la perspicacité est parfois confondante, mesurée à l'aune de nos hésitations d'adultes sommés de se prononcer sur le juste en termes positifs », P. Ricœur, *Le juste*, Esprit, coll. Philosophie, 1995, p. 11.

<sup>984</sup> Dans le sens donné par K.-O. Apel, in *Sur le problème d'une fondation rationnelle de l'éthique à l'âge de la science : l'a priori de la communauté communicationnelle et les fondements de l'éthique* (1967), trad. de l'allemand par R. Lellouche et I. Mittmann, Presses universitaires de Lille, Opuscule, 1987. Voir, pour une analyse approfondie, M. Le Corre-Chantecaille, « Penser avec... et contre... » *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel : une théorie et une pratique de l'intersubjectivité*, Maison des Sciences de l'Homme, coll. Philia, 2012.

jusnaturalistes<sup>985</sup>, cette thèse répond à l'obsession de la détermination du droit comme objet : le droit nazi était-il du droit ? Piqué par le dard sémantique, le jusnaturaliste défendra l'idée de justice, face ou en complément au marqueur de l'autorité formelle, en critère de reconnaissance de l'objet-droit. Les positivistes ont bien fait de remarquer les problèmes qu'il y a à disqualifier ontologiquement un acte en conséquence d'un jugement de valeur. Car alors nous exerçons notre jugement de la réussite d'un acte en fonction d'un critère de qualification ontologique, comme quand nous disons d'une œuvre d'art qu'elle n'est pas de l'art pour signifier qu'elle nous déplaît absolument.

De cette manière, certains ont affirmé que le droit nazi n'était pas du droit parce qu'il était d'une injustice sans nom<sup>986</sup>. La disqualification ontologique est fort compréhensible, et pourtant elle n'apporte aucun argument au soutien du jugement de valeur puisqu'il s'agit simplement de l'exprimer sous une autre forme. Ce jugement est parfois exprimé par un énoncé grammaticalement gênant ; « le droit nazi n'est pas du droit », si on en comprend très bien la signification, est contradictoire dans les termes, ce qu'on évite par une formule de rejet sémantique comme « ce que certains ont appelé "droit" nazi n'était pas vraiment du droit ». L'effet rhétorique est sans conséquence véritable lorsqu'il vise des contenus dont le rejet fait à ce point consensus. Cependant, étendre et radicaliser cette façon de parler deviendrait vite indéfendable, car elle signifierait le rejet de la légitimité des conflits entre positions concurrentes. Considérer comme « droit » uniquement la conception du droit que l'on défend serait un enfermement aussi sectaire qu'un musicien mégalomane ne trouvant musicales que ses propres créations. Prise à la lettre, elle transforme le champ juridique des questions suspendues en un catalogue de réponses bien rangées. L'idée de libre concurrence des

---

<sup>985</sup> Platon, quand il affirme « Là où l'autorité a été objet de compétition, les vainqueurs se sont appropriés les affaires de la cité si complètement qu'ils ne laissent pas la moindre parcelle d'autorité ni aux vaincus eux-mêmes ni à leurs descendants ; les vainqueurs vivent dans une méfiance partagée par les vaincus, craignant que quelqu'un n'arrive au pouvoir et ne se dresse contre eux, se souvenant des torts subis dans le passé. Sans contredit, ce ne sont pas là – nous tenons à le déclarer à cette heure – de véritables constitutions », est sans doute le premier représentant de cette tendance, Platon, *Les lois*, trad. du grec ancien par L. Brisson et J.-F. Pradeau, PUF, coll. Quadrige, 2007, IV, 715a-715b, p. 237. Pour Cicéron également, « Il est convenu que c'est pour le salut des citoyens, la conservation des cités, le repos et le bonheur de tous, que les lois ont été inventées; que les premiers législateurs avaient fait entendre aux peuples qu'ils écriraient et proposeraient des choses dont l'adoption et l'établissement leur assurerait une vie heureuse et honnête, et que ces actes, ces décrets, furent appelés par eux du nom de lois : d'où il est simple de conclure que ceux qui prescrivent aux peuples des commandements pernicieux et injustes, ayant agi contre leur déclaration et leur promesse, ont fait tout autre chose que des lois. Maintenant on peut voir clairement que le mot de loi, bien entendu, renferme la pensée et la nécessité de légaliser le juste et le droit », *Traité des lois* (52 av. J.-C.), livre II, §5, in *Œuvres complètes de Cicéron*, trad. du latin par M. Nisard, Firmin Didot frères, fils et Cie, 1874, p. 581. Voir aussi Saint Augustin : « Un soldat est même obligé par les lois de tuer l'ennemi, et s'il s'écarte du massacre, il est puni par son commandant. Oserait-on affirmer que ces lois sont injustes – ou, plutôt qu'il n'y a pas de loi du tout ? Pour cette raison que ce qui n'est pas juste ne me semble pas être une loi », Saint Augustin, *Traité du libre arbitre* (387-395), FB Editions, 2015, I. 11.

<sup>986</sup> Sur cette question, voir G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946 ; L. Fuller, « Positivism and the Fidelity to Law. A Replay to Professor Hart », *Harvard Law Review*, pp. 630-672 ; M. Troper, « Y-a-t-il eu un État nazi ? », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 177-182.

conceptions juridiques, dans la mesure où elle pose en principe la légitimité épistémique des désaccords, donc de discussions vives dans une société ouverte, s'impose alors comme raison décisive pour déterminer la juridicité d'actes de langage par le genre de questions qu'ils traitent, plutôt que par le contenu de la réponse qu'ils apportent.

**192. Rejet de la thèse psychologique.** - La thèse psychologique, selon laquelle les juristes croient tous sincèrement qu'ils défendent les positions les plus justes, serait quant à elle immanquablement erronée. Chacun sait plus ou moins confusément qu'il existe des juges et des législateurs corrompus, convaincus par des raisons privées. Ils préfèrent les rétributions personnelles, peut-être aussi leur sécurité physique, à ce qu'ils considèrent pourtant comme la meilleure décision à prendre. Les chercheurs en droit n'échappent sans doute pas moins à la corruption, quoique la manipulation d'un éditorialiste de revue juridique serait sans doute d'un moindre intérêt. On pourra toutefois supposer que des formes de corruption plus subtiles – comme, par exemple, le financement discret d'un centre de recherche –, attestées par ailleurs dans la recherche scientifique, ne laissent pas intacte l'intégrité de la recherche en droit, et conduisent quelques juristes-écrivains à publier des argumentations commandées en sous-main au soutien d'une cause qu'ils réprouvent personnellement<sup>987</sup>. La sélection des publications dans les revues de prestige, ou celle pour l'obtention d'un prix de thèse et d'un poste universitaire, contribue peut-être à des débuts de schizophrénie intellectuelle chez les jeunes chercheurs. Devant faire la preuve de leur respectabilité, certains pourront infléchir, dans leur thèse et articles, leurs intimes convictions vers ce qui paraît admissible par ceux qui exercent le pouvoir de leur garantir un contrat de travail. Ce sont des confessions, hélas, déjà entendues. Peut-on seulement les blâmer de vouloir sanctionner de si longues études par l'obtention d'un poste de travail<sup>988</sup> ? De toute façon, la situation caractéristique des avocats dans l'espace argumentatif du droit s'oppose d'emblée à la thèse psychologique. Les avocats défendent leurs clients coûte que coûte, ils sont payés pour le faire et peuvent rarement s'offrir le luxe de choisir les dossiers à

---

<sup>987</sup> « Que devient la déontologie universitaire quand les consultations demandées par les princes qui gouvernent les entreprises sont publiées dans les revues comme si elles n'étaient pas assorties d'épices en espèces ? », T. Grumbach, « Doctrine et déontologie », *Droit social*, 1999, p. 324.

<sup>988</sup> « Choisir de consacrer sa thèse au droit du travail n'est pas le meilleur moyen pour un jeune chercheur de maximiser ses chances de réussite au concours de l'agrégation. Mais choisir la sécurité sociale, ce ne serait plus le signe d'une erreur de calcul, mais d'une pulsion quasi suicidaire, comparable à celle d'un jeune économiste qui n'inscrirait pas sa thèse dans le *mainstream*. Sauf erreur, aucun juriste n'a été reçu à l'agrégation externe depuis un demi-siècle sur la base d'une recherche en ce domaine », A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, 13 juin 2013, n° 21, p. 1422. Voir aussi M. Fabre-Magnan, « Radiographie de l'agrégation (les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et de sciences criminelles depuis 1968) », in *Mélanges Philippe Malaurie. Liber amicorum*, Defrénois, 2005, pp. 215-235.

défendre. Dans ce cadre, il est à la fois évident et essentiel qu'ils soient prêts à présenter des arguments qu'ils ne retiendraient pas eux-mêmes s'ils devaient décider à la place du juge<sup>989</sup>.

**193. La justice comme prétention pragmatique-transcendantale.** - La justice joue pourtant un rôle régulateur dans la discussion juridique. En effet, les juristes prétendent *nécessairement* à la justice quand ils proposent des conclusions, et ce sous peine d'auto-contradiction. Comprenons l'idée de *prétentions nécessaires* et son intérêt par une analogie entre d'un côté le droit et la justice, et de l'autre la science et la vérité. La justice serait au droit ce que la vérité est à la science : l'idéal vers lequel ces activités épistémiques sont dirigées, finalité magnifique d'un projet toujours inachevé, aux avancées toujours discutables. La justice serait alors aux juristes ce que la vérité est aux scientifiques : l'idéal transcendantal dont ils prétendent être en quête pour légitimer leur participation au projet épistémique. Au niveau sémantique : les propositions *juridiques* sont toujours assorties de prétentions à la *justice* comme les propositions *empiriques* sont toujours assorties de prétentions à la *vérité*, le plus souvent de façon implicite.

**194. Proposition empirique et prétention implicite à la vérité.** - Que vise-t-on, dans le domaine empirique, par l'idée de *prétention implicite à la vérité* ? Dans une discussion sérieuse, un locuteur ne saurait énoncer que « ce serpent est venimeux » ou que « la matière noire n'existe pas » en affirmant dans la foulée « cela est faux », et il n'ajouterait aucune information supplémentaire en précisant que son affirmation est vraie. Les prétentions implicites à la vérité des propositions empiriques accomplissent déjà cet office. Nous avons tous intégré qu'une discussion sérieuse (controverse philosophique, conversation scientifique, interrogatoire de police) implique que les propositions empiriques exprimées par les participants sont censées être vraies. La thèse des prétentions pragmatique-transcendantales à la vérité ne préjuge rien de la valeur véridative des propositions, ni de l'adéquation entre les croyances empiriques des locuteurs et ce qu'ils expriment effectivement. Pour preuve, elle s'applique parfaitement au menteur et à ses mensonges. Sachant pertinemment que ce serpent est venimeux, le menteur prétend pourtant, en affirmant qu'il ne l'est pas, que son énoncé exprime une proposition vraie. La croyance en la fausseté d'une proposition empirique associée à une prétention à sa vérité est, en fait, la combinaison gagnante d'un mensonge digne de ce nom. Sans cette prétention à la vérité, une proposition empirique, même mensongère, se dissout en tant que proposition sérieuse, échec qu'Épiménide connaît malgré lui quand il affirme que « tous les crétois sont des menteurs » alors qu'il est lui-même crétois<sup>990</sup>. Son acte de langage est décrédibilisé par la proposition qu'il

---

<sup>989</sup> Sur la déontologie de l'avocat, voir notamment M. La Torre, « Autour de la déontologie de la profession d'avocat. Entre théorie du droit et philosophie politique », *Cahiers de méthodologie juridique, Revue de la recherche juridique*, n° 31, 2017-5, pp. 1821-1833.

<sup>990</sup> L. Brisson, « Les Socratiques », in M. Canto-Sperber, *Philosophie grecque*, PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 149.

exprime car elle implique notamment « je mens maintenant », c'est-à-dire l'abandon de la prétention de vérité qui lui est nécessaire pour être pris au sérieux.

**195. Justifier, rendre juste des conclusions.** - Les prétentions à la justice s'arriment de la même manière aux propositions juridiques, au risque du sabotage de l'acte de langage juridique par son propre locuteur. Aucun législateur ni juge ne saurait affirmer que les lois et jugements qu'ils décident pour traiter les litiges sont injustes ; ils ont intégré l'idée, comme nous tous, que les règles juridiques sont censées conduire à la justice des décisions qui les appliquent. Cette prétention à la justice est souvent implicite, et parfois très naïvement exprimée : vers -1750 av. J.-C., Hammurabi affirmait, dès le prologue de son Code, « apporter la justice dans le pays »<sup>991</sup>. Il ira même jusqu'à se prétendre « Roi de justice »<sup>992</sup> en l'épilogue du même texte, grandiloquence désormais toute pardonnable. Actuellement, le ministère de la Justice et la Cour de justice de l'Union européenne ne font pas plus subtils en se nommant ainsi.

Les avocats, eux aussi, vont prétendre que la manière de décider qu'ils déterminent par leurs conclusions est la meilleure, la plus juste. Cette prétention leur est imputable à *tous les coups*, qu'ils puissent être intimement persuadés du contraire ou qu'en général ils s'abstiennent de l'annoncer fièrement. Ils n'en auraient aucune utilité. Comme on ne démontre rien d'une proposition empirique en affirmant simplement qu'elle est vraie, nous ne disons rien de plus en précisant que nos conclusions sont justes. À chaque fois que quelqu'un répondait ainsi à une question de Socrate, celui-ci demandait : qu'est-ce que la justice ? Qu'est-ce que la vérité ? Par là, il invitait chacun à l'argumentation. Car en effet, ces valeurs sont les buts respectifs de ces actes de langage, pas des arguments : ce sont les argumentations qui rendent justes ou vraies les propositions. En science, la démonstration – qui comporte généralement des compte-rendus d'observations et d'expériences réitérables – consiste à *rendre vraies* les propositions qu'elle soutient ; elle fonctionne comme processus général de *vérification* ou, si elle est simplement négative, comme *falsification* (rendre faux). En droit, l'argumentation – qui comprend généralement des interprétations de textes acceptés par tous comme fournissant des appuis sûrs et incontournables à la décision juridictionnelle – consiste à *rendre juste* la proposition qu'elle soutient : elle est *justification*<sup>993</sup> ou, si elle est simplement critique, dénonciation étayée de l'injustice. L'argumentation juridique *rend juste* des propositions et en *rend injustes* d'autres. La valeur de justice, au sein de la discussion juridique, apparaît alors comme ce qui est *en jeu*, en vue de quoi les coups de

<sup>991</sup> M.-J. Seux, *Lois de l'Ancien Orient*, Le Cerf, coll. Cahiers Évangile, 1986, pp. 19-20.

<sup>992</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>993</sup> S. Goyard-Fabre, *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, coll. Humanités, 2012, pp. 313-350. Voir aussi R. Alexy, *A Theory of Legal argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (1988), trad. de l'allemand par R. Adler et N. McCormick, Oxford University Press, 2011 ; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, coll. Law and Philosophy Library, 1987.

langage juridique sont essayés. Les juristes font du droit en déterminant la manière dont le juge doit procéder pour décider de cas litigieux, et ils se querellent pour déterminer quelle est la plus juste d'entre toutes. Pour convaincre les autres, ils ne se contentent pas de présenter leurs propositions juridiques en affirmant qu'elles sont justes. Ils les font devenir conclusions d'une argumentation qui rend explicites les raisons pour lesquelles elles le sont.

**196. Recherche en droit et justice.** - Les exemples, réels et fictifs, qui nous ont accompagnés jusqu'ici pourraient encore servir pour illustrer la direction pragmatique-transcendantale imprimée par l'idée de justice dans la recherche en droit. En démontrant qu'avoir la parole en dernier constitue un handicap pour la défense, nous avons vu Julien Goldszlagier rendre injuste l'idée admise par le droit pénal français selon laquelle la défense doit avoir le dernier mot, tout en conservant l'idée, inscrite dans les textes, selon laquelle le doute doit profiter à l'accusé. Les interventions de « l'homme au chapeau » et de « la femme en rouge » sur notre île imaginaire peuvent aussi être interprétées comme des performances argumentatives s'efforçant de rendre justes ou injustes des propositions juridiques. Dans ces cas, la thèse pragmatique-transcendantale revient à imputer des prétentions implicites à la justice à des actes de langage contre le gré de leurs auteurs. Le tour de force n'est pas si cruel : il rend justice aux juristes et à leurs travaux en les valorisant d'un intérêt majeur. L'engagement herméneutique nous semble bien plus digne – et à même de susciter des vocations pour la recherche en droit – que le désintéressement sans valeur (*value-free*) promu par l'esprit scientifique du positivisme juridique.

**197. Retour sur le cas Kelsen.** - De la même manière, nous pouvons imputer à Hans Kelsen des prétentions implicites à la justice lorsqu'il fait du droit, que ce soit quand il défend son modèle de *justice* constitutionnelle (l'institution d'un juge de la conformité des lois à la Constitution avant leur entrée en vigueur)<sup>994</sup> ou sa conception des lacunes en droit<sup>995</sup>. Cela nous conduit, en revanche, à ne pas prendre trop au sérieux la thèse philosophique de la « justice creuse », thèse anticognitiviste du positivisme juridique, qu'il expose par ailleurs<sup>996</sup>. Cette thèse est sophistiquée en ce qu'elle consiste à dire qu'un concept est vide après l'avoir vidé de son contenu, soudain réputé trop précaire pour donner l'occasion d'un exercice intellectuel. Comme le remarque Frédéric Rouvière, c'est une fois soustraits tous les contenus sémantiques discutables dont on l'emplit d'habitude qu'il ne reste de l'idée de justice que son squelette formel et catégorique, « traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente », syntaxe effectivement fondatrice du droit en tant qu'activité

<sup>994</sup> Voir *supra* chap. 3, Sect. 3, § 1, A.

<sup>995</sup> Voir *supra* chap. 5.

<sup>996</sup> H. Kelsen, « Qu'est-ce que la justice ? » (1953), in H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ? suivi de Droit et morale*, trad. de l'allemand par P. Le More et J. Plourde, éd. Markus Haller, 2012, pp. 29-96.

linguistique et épistémique<sup>997</sup>. Mais faire du droit consiste justement à en dire plus, plus-value qui détermine l'identité et la différence des cas, puis des traitements qui leur sont associés. De cette façon, les juristes – dont Kelsen – chargent le concept de justice de toutes les manières de juger qu'ils défendent et des raisons qui les soutiennent. Par le travail des juristes, le concept de justice est au contraire saturé de toutes les conceptions du droit qui se confrontent ou s'articulent – dont la conception kelsénienne. Si le droit est la grammaire de la justice, alors son code syntaxique primordial est la règle formelle de justice. Elle est son squelette, inerte et sec quand le logicien le prélève pour analyse, mais qui reprend vie chaque matin lorsque le droit recommence, enveloppée de la chair grammaticale du langage juridique, magma épais et bouillonnant dans lequel plongent les juristes en conversation.

**198. Justice et arc herméneutique.** - Dans le contexte post-métaphysique d'un pluralisme irréductible des valeurs, la justice ne peut être qu'un lieu de luttes et de compromis. L'épistémologie juridique ne peut donc s'attribuer qu'un rôle de reconnaissance en interprétant les contributions de la recherche en droit comme des participations à la détermination de ce qui est juste, sans pour autant faire intervenir une conception de la justice excédant la mise à jour d'un intérêt persistant pour la justice. Son travail d'élucidation, sinon, ferait irruption sur le champ de bataille du droit, en compétition directe avec d'autres conceptions. Ce moment relativiste ne rend pas son entreprise stérile : restituer à la justice la place de valeur-phare dans la recherche en droit nous fait mieux saisir la signification des positions que certains chercheurs campent par principe, ainsi que les rapports, aussi ténus soient-ils, qu'ils entretiennent entre eux. Remarquons, dans cet esprit, que l'attitude *dogmatique* consiste à justifier au maximum les propositions soutenues par les autorités. L'attitude *critique*, au contraire, s'efforce de les rendre honteusement injustes par l'argumentation. Vis-à-vis des autorités et de leurs prétentions, ces deux postures radicales fonctionnent comme les deux extrémités d'un même arc herméneutique<sup>998</sup>, éventail des possibles sur lequel, en principe, les chercheurs se positionnent librement, en fonction seulement de leurs convictions sur la question qu'ils traitent.

**199. Attitude dogmatique : Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière** - La thèse d'Alexandre Ferracci, *Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, est le cas presque

---

<sup>997</sup> F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 89-100.

<sup>998</sup> « D'un côté, l'herméneutique est conçue comme la manifestation et la restauration d'un sens qui m'est adressé à la façon d'un message, d'une proclamation, ou, comme on dit quelquefois, d'un kérygme ; de l'autre, elle est conçue comme une démystification, comme réduction d'illusions », P. Ricœur, *De l'interprétation. Essai sur Sigmund Freud*, Seuil, coll. Point Essais, 1965, p. 36. Voir aussi P. Ricœur, *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1969.

chimiquement pur d'une attitude dogmatique<sup>999</sup>. L'auteur y étudie systématiquement une masse de contentieux nés de l'enchevêtrement, sur un même bien immobilier, de plusieurs attributions d'utilités au profit de deux ou plusieurs personnes. Il peut s'agir de l'attribution d'utilités concurrentes sur un bien, comme quand des héritiers se partagent la propriété d'une maison (indivision), ou de la répartition de l'utilité entre différents titulaires de droits sur le bien (démembrement), comme quand le propriétaire d'un terrain consent en servitude un droit de passage à son voisin pour qu'il accède à une route, ou qu'un usufruit grève le bien de celui qui n'en est plus que le nu-propriétaire.

Ce qu'il nomme "combinaison de droits réels" est « l'articulation, sur un même objet, de plusieurs modes réels d'attribution des utilités »<sup>1000</sup>, comme lorsqu'une part indivise d'un bien est elle-même cédée en indivision ou qu'une servitude est consentie par un usufruitier. Ces enchevêtrements rendent éminemment délicate la résolution de litiges portant sur l'usage, l'entretien ou la cession des biens immobiliers car le Code civil, sauf pour le cas de l'indivision en usufruit<sup>1001</sup>, n'a pas prévu les cas complexes résultant de ces combinaisons. Dans ces situations, les juristes, tout particulièrement les notaires<sup>1002</sup>, s'épuisent à déterminer le régime juridique applicable à ces cas, c'est-à-dire les droits et devoirs respectifs de chacun : par la combinaison des droits réels, « la possibilité des conflits de pouvoirs entre les titulaires de droits distincts, déjà importante en présence d'une simple indivision ou d'un simple démembrement, s'en trouve démultipliée »<sup>1003</sup>. Face à l'angoissante hétérogénéité des enchevêtrements d'attributions d'utilités, comment s'y retrouver ?

Alexandre Ferracci présente « une analyse précise de l'ensemble des droits en présence et des liens qui peuvent ou non les unir », qui devra conduire à « proposer des solutions respectueuses de la protection des intérêts de chacun »<sup>1004</sup>. Cette dernière remarque est un moyen discret d'exprimer la prétention à la justice qui assortit nécessairement ses propositions juridiques. Celles-ci prennent la forme systématique « d'une typologie des situations d'enchevêtrements de droits réels sur un même bien qui [clarifie] les modes de résolution des conflits entre les règles propres à chaque mode d'attribution »<sup>1005</sup>. Il s'agit d'une classification bipartite des combinaisons de droits réels entre *superposition* et

---

<sup>999</sup> A. Ferracci, *Les combinaisons de droit réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, Aix-Marseille Université, thèse, 2018.

<sup>1000</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>1001</sup> L'article 815-18 alinéa 1er du Code civil pose le principe selon lequel les règles issues du régime légal de l'indivision « sont applicables aux indivisions en usufruit en tant qu'elles sont compatibles avec les règles de l'usufruit », *ibid.*, p. 4.

<sup>1002</sup> « [...] l'éclaircissement apporté aux différentes qualifications par l'étude de leurs combinaisons offre à la pratique, principalement notariale, une vision plus précise de l'ensemble des possibilités admises pour les répartitions des utilités d'un bien entre plusieurs personnes. », *ibid.*, pp. 8-9.

<sup>1003</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>1004</sup> *Ibid.*, pp. 1-2.

<sup>1005</sup> *Ibid.*, p. 3.

*juxtaposition* de droits : « Les agencements de droits présentent alors soit des droits simplement *juxtaposés* horizontalement les uns aux autres sur un même bien – caractéristique des combinaisons non hiérarchiques – soit des droits *superposés* verticalement les uns aux autres – synonyme de combinaisons hiérarchiques. Ainsi, même lorsque plusieurs droits partagent une même assiette, l’absence de superposition entre eux empêche toute forme de hiérarchie »<sup>1006</sup>.

Les droits réels se superposent « lorsqu’un mode d’attribution des utilités a pour objet, soit totalement soit partiellement, un mode d’attribution distinct ou identique »<sup>1007</sup> ; ils se juxtaposent « lorsque plusieurs modes distincts d’attribution des utilités s’additionnent sur un même objet, de façon autonome ou interdépendante »<sup>1008</sup>. La distinction entre *superposition* et *juxtaposition* permet de justifier le traitement différent de cas semblables à première vue. Par exemple, la situation où l’usufruitier d’un bien immobilier a consenti un droit d’usage et d’habitation à un tiers ressemble à s’y méprendre à celle où l’usufruitier doit souffrir l’existence d’un droit d’usage et d’habitation constitué antérieurement par le propriétaire au profit d’un tiers. Dans les deux cas de combinaisons, les droits d’usage de deux personnes sont en concurrence sur un même bien, l’usufruitier et celui disposant d’un droit d’usage. À chaque fois, « les assiettes des droits se chevauchent pareillement sur le bien. Chacun d’eux offre à son titulaire un ensemble de prérogatives qui limite, de la même sorte, le droit des usufruitiers »<sup>1009</sup>. Et pourtant, dans la première situation, il y a *superpositions de droits*, de sorte que l’extinction de l’usufruit emporte l’extinction du droit d’usage au profit du tiers, alors que l’autre cas montre une *juxtaposition*, si bien que l’usufruit et le droit d’usage sont indépendants l’un de l’autre : l’extinction de l’un n’emporte pas l’extinction de l’autre.

L’analyse d’Alexandre Ferracci est *dogmatique* car elle procède en contestant le moins possible la jurisprudence de la Cour de cassation et les dispositions du législateur français. Au contraire, il s’agit pour lui « de mettre en lumière la *cohérence latente* de la jurisprudence malgré la diversité des cas »<sup>1010</sup>. Ainsi, parmi les trois centaines de décisions de justice dont il se saisit, il n’avoue son désaccord qu’avec trois d’entre elles, lesquelles font manifestement obstacle à la justification systématique de toutes les autres. Dans cet esprit, il peut remarquer qu’à l’occasion d’une décision de justice du Tribunal de grande instance de Chalon-sur-Saône, « les magistrats autorisèrent de façon parfaitement contestable la licitation d’un immeuble indivis contre la volonté de l’usufruitier à cause d’une mauvaise caractérisation de la structure

---

<sup>1006</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>1007</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>1008</sup> *Ibid.*

<sup>1009</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>1010</sup> *Ibid.*, p. 7. Nous soulignons.

de la combinaison »<sup>1011</sup>. Pour toutes les autres, sa distinction des combinaisons fournit un nouvel appui conceptuel aux décisions juridictionnelles. La systématisation vient soutenir certaines décisions de la Cour de cassation qui, sans cela, pouvaient paraître contestables. Cette contribution est manifeste quand il repère la superposition d'une indivision sur (ayant pour objet) une servitude de passage dans l'affaire qui occupe la Cour de cassation le 7 juillet 2016 : « Une allée constituait l'assiette d'une servitude de passage et était empruntée à la fois par les propriétaires du fonds dominant et par les propriétaires du fonds servant. Les bénéficiaires de la servitude établirent alors successivement sur leur fonds une entreprise de bâtiment puis d'élevage de chevaux ce qui entraîna un accroissement de la circulation sur l'allée, provoquant ainsi sa dégradation. Face à cet abus de jouissance, les propriétaires du fonds servant souhaitèrent mettre à contribution les propriétaires du fonds dominant quant aux dépenses d'entretien de l'allée. »<sup>1012</sup>

La cour d'appel de Lyon, le 5 mars 2015, avait fait droit à leur demande, considérant que « l'utilité de cette allée est la même pour toutes les propriétés, compte tenu de la configuration des lieux et de l'usage fait par chacun de ce passage pour aller à la voie publique ». C'est seulement la répartition à *parts égales* de la charge de l'entretien entre chacun des utilisateurs de l'allée que la Cour de cassation a censuré, reprochant au juge de n'avoir pas recherché si l'activité du propriétaire du fonds dominant n'impliquait pas « une utilisation de l'allée plus intensive que celle des autres propriétaires ». Les deux juridictions, en-deçà de ce désaccord, partageaient néanmoins l'idée d'une répartition de la charge de l'entretien de la servitude entre les propriétaires des fonds servant et dominant, « solution classique lorsqu'ils en ont l'usage commun »<sup>1013</sup>. Pourtant, comme le remarque Alexandre Ferracci, cette jurisprudence « semble [...] aller à l'encontre des dispositions de l'article 698 du Code civil qui mettent, sauf convention contraire, l'entretien de la servitude à la seule charge du propriétaire du fonds dominant »<sup>1014</sup>. Pour quelles raisons, demande le juriste, cette règle ne s'applique pas dans ces cas où, puisqu'il y a servitude, elle devrait pourtant l'être ?

Les spécialistes justifiaient déjà la répartition de l'entretien entre les deux propriétaires en insistant sur la « communauté d'usage » de la servitude, mais cette idée ne s'appuyait que sur la mention de *l'équité*, avancée en dernier recours pour corriger l'application aveugle d'une règle manifestement inadaptée aux cas où le propriétaire du passage consenti en servitude en fait usage. La prise en compte de l'intensité de l'usage pour répartir les charges d'entretien, imposée par la Cour de cassation, pouvait aussi être comprise

<sup>1011</sup> *Ibid.*, p. 41. Tribunal de grande instance de Chalon-sur-Saône, 16 juin 1999, Voir aussi D. Jacotot, « De l'indivision en nue-propriété à la licitation en nue-propriété », *Dalloz*, 2000, p. 59 ; J. Patarin, « Licitation de la pleine propriété d'un immeuble grevé d'usufruit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 373.

<sup>1012</sup> *Ibid.*, p. 161. Cour de cassation, 3<sup>e</sup> chambre civile, 7 juillet 2016, n° 15-17.563 ; RDI, 2016, p. 542, note J.-L. Bergel.

<sup>1013</sup> A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>1014</sup> *Ibid.*, pp. 161-162.

par le recours à l'équité. Un auteur remarquait en passant : « ce qui est troublant est que cette façon de raisonner rappelle la répartition des charges dans l'indivision alors même que la servitude est censée être un démembrement de la propriété »<sup>1015</sup>. L'auteur des *Combinaisons*, sur ce point, comprend mieux cette manière de juger car avec lui, le trouble cesse : « la situation de concurrence entre les prérogatives d'usage des différents propriétaires sur une même assiette signe l'existence d'une indivision en jouissance entre eux »<sup>1016</sup>. Son esprit, entraîné aux enchevêtrements comme nos yeux s'habituent à la nuit, détecte « l'harmonie invisible, plus belle que la visible »<sup>1017</sup> : une indivision en jouissance entre les propriétaires des fonds servant et dominant s'était superposée à la servitude. La chose était encore impensable tant que l'indivision était conçue comme la concurrence *entre deux droits identiques*, ce qu'avait suggéré l'Association Henri Capitant dans son « avant-projet de réforme du droit des biens »<sup>1018</sup>. L'auteur ne voit pourtant aucun obstacle, ni dans le Code ni dans la jurisprudence, à suivre Nathalie Pierre pour définir l'indivision comme un « concours de *prérogatives* de même nature sur un même bien »<sup>1019</sup>, même si ces prérogatives dérivent d'un droit de propriété d'un côté, d'une servitude consentie de l'autre. Au contraire, cette redéfinition de l'indivision permet, dans les cas comme celui de l'arrêt du 7 juillet 2016, de ne pas demander l'application d'une règle d'équité *ad hoc* imitant opportunément le régime de l'indivision à un démembrement aux circonstances trop particulières, mais de reconnaître l'application correcte du régime juridique de l'indivision, quoiqu'ayant pour objet l'assiette d'un démembrement : « L'arrêt du 7 juillet 2016, en imposant la prise en compte de l'intensité de l'usage du passage par chaque propriétaire pour répartir les charges d'entretien, s'inscrit [...] dans la logique de l'indivision. Chaque indivisaire doit jouir de son droit dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires conformément aux dispositions de l'article 815-9 »<sup>1020</sup>.

Ainsi, Alexandre Ferracci recherche puis exprime les meilleures raisons possibles de la jurisprudence des combinaisons, « cohérence latente » qui, jusque-là, échappait à tous, même aux juges. En leur imputant un raisonnement qu'il a lui-même conçu, il démontre qu'ils avaient raison de décider de cette façon. De cette manière, il *donne raison(s)* à la Cour de

<sup>1015</sup> F. Rouvière, « Fasc. 20 : Servitudes du fait de l'Homme », *JCl. Civil Code*, n° 11, février 2015. Cité par A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>1016</sup> *Ibid.*, p. 162, note 562.

<sup>1017</sup> Héraclite, selon Hippolyte, *Réfutation de toutes les hérésies*, IX, 9, in *Les écoles présocratiques*, éd. établie par J.-P. Dumont (dir.), Gallimard, 1991, p. 78. Cité par A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>1018</sup> Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du Livre II*, 2009, art. 569 : « L'indivision est la situation d'un bien ou d'un ensemble de biens sur lequel plusieurs personnes sont titulaires de droits de même nature, sans qu'aucune d'entre elles n'ait de droit exclusif sur une partie déterminée. L'indivision n'a pas la personnalité morale. »

<sup>1019</sup> N. Pierre, *Les indivisions complexes*, thèse, Nancy II, 2003, p. 49. Cité par A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>1020</sup> *Ibid.*, p. 163.

cassation, au sens à la fois où il justifie l'économie générale de ses décisions et où il lui offre, clé en main, un jeu d'arguments qu'elle pourra employer à l'avenir pour mieux traiter les cas de combinaison d'usage sur un même bien.

**200. Attitude critique : *Reproducing Rape. Domination through Talk in the Courtroom.*** - L'attitude critique, dite *Critical Legal Studies* aux États-Unis, est la tentative diamétralement opposée de rendre injustes les conceptions des officiels pour juger des situations litigieuses. Les travaux féministes, plus largement les *gender studies*, fournissent une littérature abondante de ce genre. L'ouvrage de Gregory Matoesian, *Reproducing Rape. Domination through Talk in the Courtroom*<sup>1021</sup>, en est un exemple spectaculaire. L'auteur dévoile rapidement ses intentions : « Cette position critique vise à comprendre ce qu'est le viol et à réformer le système juridique. Contrairement à l'opinion commune, les juridictions ne déterminent pas s'il y avait consentement ou non du point de vue de l'individu, homme ou femme, du moins pas directement, mais vérifient plutôt si la victime a accepté les standards patriarcaux de sexualité, d'accès aux rapports sexuels et de disponibilité sexuelle des femmes »<sup>1022</sup>.

Son analyse des débats contradictoires dans les tribunaux met en lumière « la façon par laquelle l'expérience féminine du viol est transformée en un acte sexuel ordinaire par l'organisation pratique et linguistique de la salle d'audience »<sup>1023</sup>. Il reconnaît que « les chercheurs dans le domaine des études sur le viol (*rape studies*) ont déjà documenté l'impact des débats contradictoires (*talk*) dans la reproduction sociale du viol, en considérant notamment son effet sur les dépôts de plainte par les victimes et l'acquittement des violeurs »<sup>1024</sup>. Des modifications législatives ont été « mises en œuvre par les féministes »<sup>1025</sup> pour limiter l'effet de « culpabilisation de la victime » (*blaming the victim*)<sup>1026</sup>. L'instauration d'un « bouclier anti-viol » (*rape shield*) interdit notamment la défense d'interroger la victime sur son passé sexuel<sup>1027</sup>. Gregory Matoesian remarque cependant que la technique de culpabilisation de la victime n'a pas été suffisamment encadrée. On aurait sous-estimé « le rôle du droit et du système juridique comme mécanismes de légitimation de la domination patriarcale »<sup>1028</sup>. L'auteur dénonce notamment la distinction implicite appliquée dans les salles d'audience entre les « viols simples », reconnus comme des relations sexuelles

---

<sup>1021</sup> G. M. Matoesian, *Reproducing Rape. Domination through Talk in the Courtroom*, The University of Chicago Press, 1993.

<sup>1022</sup> *Ibid.*, p. vii.

<sup>1023</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>1024</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>1025</sup> « Feminists have implemented rape reform statutes », *Ibid.* p. 17.

<sup>1026</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>1027</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1028</sup> *Ibid.*, p. 4.

autorisées, et les « viols réels », punis en tant que tels<sup>1029</sup>. Les viols réels correspondent au stéréotype de la joggeuse attaquée par surprise (*jump-from-the-bushes stranger*)<sup>1030</sup> et répondent à ces caractéristiques : « Quand l'accusé et la victime ne se connaissaient pas, et qu'une autre violence que le viol lui-même a été exercée ; quand il est certain qu'il y a jamais eu ni consentement, ni intimité, ni précédents sexuels entre l'accusé et la victime ; quand la victime est une "gentille fille" (*nice girl*) ou vierge, qu'elle n'avait pas consommé d'alcool ou de drogue au moment des faits, qu'elle n'était pas "en soirée" (*partying*), ou autre écart au comportement traditionnel déterminé par le rôle genré de la femme ».<sup>1031</sup>

Si, au contraire, la victime a au départ consenti à l'intimité<sup>1032</sup>, qu'elle admet, sous la pression de l'avocat de la défense, avoir trouvé son agresseur « attirant »<sup>1033</sup> à première vue, que la rencontre a eu lieu en soirée (contexte qui, selon l'opinion dominante et les insinuations de la défense, « implique une activité sexuelle »<sup>1034</sup>), le jury considérera qu'elle a « contribué »<sup>1035</sup> à sa propre agression. La victime devient coupable de complicité par provocation : « elle l'a bien cherché (*she had asked for it*) par ses actions et inactions »<sup>1036</sup>. La question du consentement est traitée de façon à transformer une agression en une relation sexuelle dont le caractère bestial, musclé, correspond à l'idéologie patriarcale et la renforce. Le *non* explicite de la victime est relégué à l'arrière-plan d'un *oui* implicite au contexte général du rapport de séduction, dont la matrice interprétative est fournie par la structure patriarcale de la société. L'organisation judiciaire américaine renforce la reproduction sociale du viol en permettant aux avocats de la défense d'exercer des « microtechniques de pouvoir disciplinaire »<sup>1037</sup> : « L'avocat de la défense possède la capacité de verrouiller et de restreindre

<sup>1029</sup> *Ibid.*, p. 16 et p. 215. La distinction entre viol réel et viol simple est empruntée à S. Estrich, *Real Rape*, Harvard University Press, 1987.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, p. 16. Stéréotype nommé ainsi par S. Estrich, *Real Rape*, *op. cit.*

<sup>1031</sup> G. M. Matoesian, *Reproducing Rape*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1032</sup> « Si une femme accepte l'intimité, alors elle est réputée avoir consenti au rapport sexuel », *ibid.*, p. 17.

<sup>1033</sup> « Avocat de la défense : Vous étiez attirée par Brian n'est-ce pas ?  
Victime : Je pensais que c'était un homme bien et propre sur lui.  
Avocat de la défense : Il vous semblait attirant et correct.  
Victime : Ouais [tout bas]. »

[...] Dans l'intervalle, l'avocat de la défense réhausse et reformule la première affirmation de la victime de "homme bien et propre sur lui" (*nice clean looking*) en "attirant et correct" (*attractive looking correct*). », *ibid.*, pp. 30-31.

<sup>1034</sup> « Avocat de la défense : Faire la fête (*partying*), pour beaucoup de gens, ça implique une activité sexuelle non ?

Procureur : Objection votre honneur !

Juge : Refusée.

Avocat de la défense : Pour beaucoup de gens de votre âge, faire la fête signifie activité sexuelle non ?

Victime : Pour certains... Oui, j'imagine... », *ibid.*, p. 123.

<sup>1035</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>1036</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>1037</sup> *Ibid.*, p. 2.

les possibilités d'expression de la victime et de limiter, d'organiser et de diriger la participation de la victime au débat »<sup>1038</sup>.

La distinction entre "viol simple" et "viol réel", qui se substitue partiellement à la distinction entre "relation sexuelle" et "viol", est une pièce décisive de l'argumentation de Gregory Matoesian. Elle fonctionne comme une distinction juridique ignoble, et rend manifestement injuste la manière dont sont prises les décisions de justice. Ses critères (le mode de vie de la victime, l'attirance initiale pour l'agresseur présumé) sont mis en lumière pour être jugés inacceptables. En requalifiant des relations sexuelles comme des *viols simples*, l'auteur peut dire que « la grande majorité des viols sont donc non pas des violations, mais des confirmations (*enforcement*) de l'ordre social »<sup>1039</sup>, que des violeurs sont acquittés<sup>1040</sup> et que cette aubaine incite les violeurs à plaider non coupable<sup>1041</sup>. La distinction juridique subversive entre "viols simples" et "viols réels" renforce le sentiment qu'il existe des viols autorisés et encouragés par la pratique judiciaire américaine et que des *erreurs de justice*, répétées, forment système. Gregory Matoesian invite donc, en conclusion, à revoir l'organisation du débat contradictoire dans les tribunaux américains : « Ce n'est pas dire que les réformes législatives sont accessoires ou inutiles. Mais si la culpabilisation de la victime s'opère dans le jeu de pouvoir des opérations discursives, c'est une approche ascendante qu'il faudrait avoir des prochaines réformes (*bottom-up approach to reform*), focalisée sur l'organisation des prises de parole dans les salles d'audience, pour qu'elles puissent pallier aux limites des précédentes. C'est dans cet espoir que j'ai présenté ces recherches »<sup>1042</sup>.

## Section 2 : Les chercheurs en droit sont des citoyens

**201. Fédération de la recherche en droit.** - Le droit est l'activité des juristes. Parmi eux se trouvent des écrivains qui, par leur publication, n'exercent aucune autorité tangible. Ils ne prennent aucune décision assortie de sanction, et n'ont même aucune réelle garantie d'être lus par ceux qui en prennent, les officiels. Les chercheurs en droit n'ont, pour ainsi dire, aucune autre autorité que celle conférée par la normativité sémantique du langage juridique. Le poids qu'ils pèsent dans la discussion juridique est incertain et, par ailleurs, difficile à

---

<sup>1038</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>1039</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>1040</sup> *Ibid.*, p. 19 et p. 232.

<sup>1041</sup> « 60% des hommes poursuivis pour viol ont plaidé "non coupable". Les statistiques pour d'autres crimes sont significativement inférieures : 34% pour les homicides, 12% pour les cambriolages. D'aucuns pourraient en déduire que les accusés et leurs avocats sont bien conscients du fait qu'ils ont plus de chances de s'en sortir que s'ils étaient accusés d'autres crimes. », Z. Adler, *Rape on Trial*, Routledge and Kegan Paul, 1987, p. 6, cité par G. M. Matoesian, *Reproducing Rape...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1042</sup> *Ibid.*, p. 233.

évaluer. Cependant, malgré la fragilité de leur situation – et la pression exercée par la philosophie scientifique –, ils n’auront pas renoncé à exprimer leurs idées pour le droit.

Celles-ci valent pour une série de cas spécifiques (*micro*), ou pour le système juridique tout entier (*macro*<sup>1043</sup>). Les juristes-chercheurs écrivent pour être lus, que leurs théories, leurs manières de décider ou d’interpréter un texte intègrent, d’une façon ou d’une autre, l’administration de la justice. Qu’au moins leurs doutes sur la pensée juridique instituée soient communicatifs, qu’ils ébranlent la certitude tranquille des autres juristes. Leurs convictions les éloignent parfois singulièrement du chemin tracé *de lege lata*, à lois constantes. N’ayant pas l’obligation de respecter les textes dans leurs discours, ils ont l’opportunité d’aller défier ouvertement le législateur, le constituant national ou les institutions supra-nationales. Certains, profitant du temps libre offert par la vie universitaire<sup>1044</sup>, approfondissent l’interrogation des institutions juridiques les plus fondamentales : critique du droit du travail<sup>1045</sup>, du principe de subsidiarité en Union européenne<sup>1046</sup>, jusqu’au concept de droit subjectif, centre de toute la pensée juridique moderne<sup>1047</sup>. Ils sont libres, aussi, d’adresser des missives aux juges et aux avocats *via* la publication dans les revues les plus lues et archivées. Stratégiquement, ils s’en tiendront alors à faire varier ce qu’ils comprennent, ensemble, de la conception des textes en vigueur et de la jurisprudence. Dans le cercle dogmatique, ce qui varie se remarque bien, car c’est également ce qui est controversé. Mais même dans ce cadre, ils s’autorisent à interpeller le législateur par la mention d’un *de lege ferenda*, opposant directement leurs propres propositions aux textes en vigueur.

Qu’importe où ils se placent sur l’arc herméneutique, les chercheurs en droit font du droit et sont juristes, qu’ils soient aussi dogmatiques que possible, comme Hans Kelsen et Alexandre Ferracci, ou franchement critiques, comme Vilhelm Lundstedt et Gregory Matoesian. L’arc herméneutique est une image précieuse, car il esquisse, entre les pôles de la confiance aveugle et du soupçon irréfragable, le spectre du positionnement des chercheurs en droit vis-à-vis des autorités juridiques. Cependant, il ne suffira jamais à systématiser la créativité intellectuelle dont ils sont capables. Originalisme à l’américaine<sup>1048</sup> ou pandectisme

<sup>1043</sup> Pour cette distinction, voir B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01, URL [consulté le 7/10/2018] : [http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment\\_penser\\_le\\_droit\\_global\\_2011.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf)

<sup>1044</sup> « La théorie ne peut fleurir que si elle plonge ses racines profondément dans le concret pour s’en détacher ensuite et imaginer l’avenir. Or, et l’investigation et la réflexion ont besoin de temps... », M. Gobert, « Le temps de penser de la doctrine », *Droits*, n° 20, 1994, p. 99.

<sup>1045</sup> A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, coll. Les voies du droit, 1994.

<sup>1046</sup> G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », *Common Market Law Review*, vol. 43, n° 1, 2006, pp. 63-84.

<sup>1047</sup> M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> édition, 2013.

<sup>1048</sup> J. N. Rakove, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage, 1997 ; K. E. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, University Press of Kansas, 2001 ; R. Barnett, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, 2003 ; A. Scalia, « Originalism: The Lesser Evil », *University of Cincinnati Law*

à l'allemande<sup>1049</sup>, réalisme juridictionnel ou jusnaturalisme classique, féminisme des *gender studies* ou analyse économique du droit, normativisme ou gouvernance par le « droit souple »<sup>1050</sup>, les chercheurs suivent et construisent l'hétérogénéité des tendances intellectuelles de leur époque. Leurs méthodologies synthétisent les justifications ultimes de leurs conceptions du droit : l'économisme juridique défend la primauté de l'efficacité<sup>1051</sup>, l'originalisme la nécessité d'une conformité de la jurisprudence à l'intention originelle de l'auteur des textes interprétés, *etc.* Les conceptions les plus prometteuses se cristallisent en programmes de recherche<sup>1052</sup>, s'institutionnalisent en écoles, courants, mouvements. Par cette forme, elles séduisent d'autres chercheurs et enrôlent leur force de travail<sup>1053</sup>. Ces programmes de recherche s'articulent autour de *projets de droit*, dont le succès survient précisément lorsqu'ils s'inscrivent dans les textes officiels, qu'ils viennent à s'appliquer dans les tribunaux. Que juges et législateurs acceptent d'en faire leurs raisons, car eux aussi

---

*Review*, vol. 57, 1989, pp. 849-867. Pour une présentation synthétique en français, M. Carpentier, « Variations autour de l'originalisme », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 107, n° 3, 2016, pp. 739-744.

<sup>1049</sup> « École de juristes dont les plus illustres représentants furent des professeurs de droit romain dans l'Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle et qui — d'où leur nom — se sont attachés essentiellement à l'étude du droit romain dans son dernier état, tel que l'ont transmis les Pandectes de Justinien [...] L'école pandectiste ne néglige pas totalement la connaissance historique du droit, et son véritable fondateur, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861, professeur de droit romain à Berlin de 1810 à 1842) fut un des maîtres de l'histoire du droit. Mais le droit romain étant encore au XIX<sup>e</sup> siècle applicable en Allemagne, les pandectistes sont avant tout préoccupés d'une systématisation de ce droit qui puisse servir aux praticiens », J. Gaudemet, entrée « Pandectistes » *Encyclopædia Universalis*. URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/jurisprudence>

Pour aller plus loin, M. Reimann, « Nineteenth Century German Legal Science », *Boston College Law Review*, vol. 31, n° 4, 1990, pp. 837-897 ; J.-Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton University Press, 1990.

<sup>1050</sup> J. Cazala, « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66, n° 1, 2011, pp. 41-84 ; G. Abi-Saab, « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 137-144 ; A. Pellet, « Le "bon droit" et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 465-493.

<sup>1051</sup> Dans cette perspective, « le traitement juridictionnel opère comme une machine à allouer des coûts et des gains monétaires et à produire des calculs coûts-avantages », T. Kirat, *Economie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012, p. 73. Pour aller plus loin, R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 9<sup>e</sup> édition, 2014 et E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2008. Pour un exemple fameux de cette démarche, L. Mayali (dir.), *Le façonnage juridique du marché des religions aux États-Unis*, Mille et une nuits, coll. Les quarante piliers, 2002.

<sup>1052</sup> Comparer I. Lakatos, *Histoire et méthodologie des sciences : programme de recherche et reconstruction rationnelle* (1978), trad. de l'anglais par L. Giard, C. Malamoud et J.-F. Spitz, PUF, coll. Bibliothèque d'histoire des sciences, 1994.

<sup>1053</sup> Si certains sont convaincus que « la globalisation et la construction européenne en cours ne posent pas au droit qu'un problème d'échelle, mais qu'elles emportent des transformations fondamentales de la nature et de la forme de la régulation, des modes d'élaboration et de mise en œuvre des normes », le Centre Perelman les invite à contribuer aux « chantiers du droit global » : « la régulation des réseaux globaux de communication, de l'Internet et des Univers Virtuels, la responsabilité sociale des entreprises, la régulation globale des marchés financiers, la lutte globale contre le réchauffement climatique et la régulation des marchés de pollution », URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.philodroit.be/-Droit-global->

peuvent se laisser convaincre par la *soft law*<sup>1054</sup> ou par l'économisme juridique<sup>1055</sup>. Nous rejoignons ainsi Harold Bergman : « L'histoire de la tradition juridique occidentale est pour partie le récit de l'émergence et des heurts de ces différentes écoles de philosophie du droit. Elles n'expliquent pas l'histoire, car c'est l'histoire qui les expliquent, pourquoi elles apparurent et pourquoi diverses écoles ont prédominé en tel ou tel endroit, à telle ou telle époque »<sup>1056</sup>.

La structure de base esquissée ici ne retranche rien à l'engagement des chercheurs dans la vie des idées juridiques, ni de ses multiples formes. Elle ne tire de sa théorie de la connaissance le prétexte d'aucune remontrance. Elle renonce définitivement à la fonction de Tribunal de la Raison. Les chercheurs peuvent bien, s'ils en estiment l'intérêt juridique, s'inspirer de Shakespeare<sup>1057</sup>, de Wittgenstein<sup>1058</sup>, de Star Trek<sup>1059</sup>, ou s'en tenir à l'interprétation canonique des textes officiels, vouloir déterminer l'intention et le bon sens d'un législateur génial ou d'un juge herculéen. Ils peuvent, afin de clarifier l'état d'une discussion en cours, « se borner à se faire l'écho des diverses opinions que différents individus émettent sur les exigences [d'une] pratique »<sup>1060</sup>, sans jamais faire valoir clairement leur préférence. Ceux-là permettront à d'autres de prendre le train en marche. *Tout est bon*, pourvu que chacun incarne au mieux les vertus épistémiques les plus élémentaires : honnêteté dans les citations, bonne foi dans les argumentations, sincérité quant à ses intérêts privés, courage de ses convictions, *etc.* Dans l'un de ses cours au Collège de France, Claudine

<sup>1054</sup> Conseil d'État, « Le droit souple », *La Documentation française*, 2013.

<sup>1055</sup> L'arrêt *Viking* de la Cour de justice des Communautés européennes (11 décembre 2007, aff. C-438/05) en est une illustration. Selon elle, « L'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité », §46. Pour Alain Supiot, « le recours au principe de proportionnalité permet ici clairement de ramener toute espèce de règle à un calcul d'utilité et de faire disparaître du raisonnement l'idée de loi intangible », A. Supiot, *Le gouvernement par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2014, pp. 167-168. Voir aussi E. Christodoulidis, « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, vol. 14, n° 10, 2013, pp. 171-186.

<sup>1056</sup> H. Bergman, *Droit et révolution* (1983), trad. de l'anglais par R. Audouin, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 28.

<sup>1057</sup> Voir en français F. Ost, *Shakespeare. La comédie de la loi*, Michalon, 2012. Entre 2002 et 2008, à l'Université de Droit McGill de Montréal, le programme « *Shakespeare moot court* » (URL [consulté le 7/10/2018] : [www.mcgill.ca/shakespearemoot/](http://www.mcgill.ca/shakespearemoot/)) a formé les étudiants à traiter de cas pratiques sur la base du corpus shakespearien. Une bibliographie des études juridiques de Shakespeare est disponible sur leur site internet. Cité par F. Ost, « Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 73, n° 2, 2014, p. 127. Voir aussi l'équivalent anglais des « King's College London Shakespeare Moot », URL [consulté le 7/10/2018] : [www.youtube.com/watch?v=b14wCfOHddk](http://www.youtube.com/watch?v=b14wCfOHddk), 11 mai 2016, 00:00:00-01:56:29.

<sup>1058</sup> Voir par exemple Cl. Callet, *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Aix-Marseille Université, thèse, 2015, où l'auteur puise son inspiration de L. Wittgenstein, *De la certitude* [1951], trad. de l'allemand par D. Moyal-Sharrock, Gallimard, coll. Tel, 1987.

<sup>1059</sup> F. Defferrard, *Le droit selon Star Trek*, Mare & Martin, Coll. Libre droit, 2016.

<sup>1060</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit* (1986), trad. de l'anglais par E. Soubrenie, PUF, coll. Recherches politiques, 1994, p. 68.

Tiercelin a dressé une longue liste de ces vertus épistémiques : « Partons de l'idée que la connaissance est une entreprise dynamique où se jouent des performances. Alors nous dirons que l'agent qui conduit son enquête doit [...] être précis, adroit, bien ajusté, mais il lui faut aussi être capable de faire le lien entre les trois. [...] Mais aussi devons-nous repérer d'autres vertus épistémiques telles que la capacité de jugement et de discernement, l'honnêteté intellectuelle, l'humilité épistémique, l'ouverture d'esprit, l'attention portée aux données et aux preuves dont on dispose, le sens de la responsabilité, l'absence de vices épistémiques flagrants comme la précipitation ou l'impulsivité, la pusillanimité, la négligence, la paresse, la malhonnêteté, la lâcheté intellectuelle, la crédulité, le dogmatisme fanatique, j'en passe et des meilleurs »<sup>1061</sup>. Pour le reste, la doctrine du *laisser-faire* semble la plus appropriée au commerce des idées. Elle s'en remet à l'ordre spontané de la discussion juridique, où naissent les controverses, les désaccords et les ententes. Aucun programme de recherche, même l'immense dogmatique, ne peut sérieusement se prévaloir d'une supériorité tirée d'une théorie de la connaissance juridique sans reproduire la naïveté du scientisme, considérant le droit *comme* une science. Ce serait oublier le pluralisme des conceptions de la justice à l'origine de la pluralité des principes méthodologiques en concurrence.

**202. Épistémologie juridique et philosophie politique.** - En identifiant son objet par le seul critère de l'autorité formelle, le positivisme juridique a valorisé une tendance à réserver l'expression d'une volonté, d'un *devoir-être*, aux officiels : seules les autorités sont habilitées à l'expression créatrice du droit-tel-qu'il-doit-être. On songera pourtant à ce qu'il faudrait amender de la liberté d'expression des autres juristes, et en particulier des chercheurs, pour qu'il en soit effectivement ainsi. Mais le positivisme juridique suppose, depuis Hobbes, une relation intime entre *droit* et *pouvoir* et demande, en même temps, une séparation franche entre *savoir* et *pouvoir*. L'impératif d'un désengagement des chercheurs en droit, fruit d'une lecture rigoriste de la « neutralité axiologique » de Weber<sup>1062</sup>, s'est construit sur ces deux thèses : c'est parce que le droit est politique, *impur*, que le véritable savant doit prendre soin à ne pas y participer, *rester pur*. De cette façon, l'opposition épistémologique entre droit et science du droit s'appuie sur une philosophie politique, une théorie du gouvernement de l'État. L'argument de l'illégitimité *politique* des chercheurs en droit vient justifier, en dernier recours, l'interdiction méthodologique d'exprimer un *devoir-être* non aligné sur le droit positif. Qui sont ces gens, non mandatés, se croyant assez importants pour contester la décision des mandatés, leur indiquer ce qu'ils doivent décider ? Le législateur élu n'est-il pas l'unique habilité à déterminer comment le juge doit traiter les

<sup>1061</sup> Cf. Tiercelin, *Les vertus épistémiques*, Cours au collège de France 2015-2016, n° 1, 0:52:00 URL [consulté le 7/10/2018] :

<https://www.college-de-france.fr/site/claudine-tiercelin/course-2015-2016.htm>

Voir aussi E. Sosa, *A Virtue Epistemology*, Oxford University Press, 2007.

<sup>1062</sup> M. Weber, *Le savant et le politique* (1919), trad. de l'allemand par J. Freund, 10/18, coll. Philosophie et essais, 2002.

cas ? À quel titre l'universitaire reviendrait-il sur les décisions du Conseil constitutionnel, *sages* nommés par les élus ? Ne doit-il pas circonscrire sa « libre recherche scientifique » aux maigres interstices négligés par les officiels, comme François Génay l'a recommandé<sup>1063</sup> ?

L'argument s'articule sur une conception *autoritaire* du politique, et la thèse *libérale* qui s'y oppose est la suivante : il suffit aux chercheurs en droit d'être *citoyens* pour bénéficier de cette légitimité politique, ce qu'ils sont évidemment. La question de la légitimité politique des chercheurs en droit à s'exprimer librement sur la façon dont les juges doivent traiter les cas, et contre les affirmations des plus hautes autorités s'ils l'estiment justifié, fait ainsi surgir dans l'épistémologie juridique les deux grandes traditions de la philosophie politique : l'autoritarisme, revendiquant l'héritage de Thomas Hobbes, et le libéralisme, revendiquant celui de John Locke. L'hypothèse que nous détaillons ici est que le l'épistémologie du positivisme juridique, trop prise au sérieux, s'oppose à la liberté d'expression et de discussion, chère à la tradition libérale et au fondement de l'idéal démocratique de nos sociétés modernes, parce qu'il est emporté par la conception autoritariste du droit qu'il charrie avec lui depuis Hobbes.

**203. Autorité et liberté.** - La conception autoritariste du politique conçoit, avec Hobbes, l'État comme un monstre mythique, Léviathan, à qui l'on reconnaît, comme on dit depuis Weber, le « monopole de la violence légitime ». L'État, rien que pour être, doit inspirer la crainte à ses sujets ; le grand artefact les domine et, en contrepartie, leur garantit ordre et sécurité<sup>1064</sup>. L'autorité dominatrice, quel que soit l'idéal-type qu'elle mobilise<sup>1065</sup>, est le principe du politique. En conséquence, d'une part, elle ne saurait être contestée qu'en des cas très particuliers ; d'autre part, la politique devient une course au pouvoir, quête pour l'accession au monopole de la violence légitime. Sous sa forme antique, peut-être la plus odieuse, le gouvernant est le berger du troupeau humain : « Or, pour en venir au Roi, il est tout aussi visible qu'il est le pâtre d'un troupeau sans cornes »<sup>1066</sup>. Il détermine et impose « les règles permettant la gestion du parc humain »<sup>1067</sup>.

<sup>1063</sup> « La recherche scientifique de l'interprète n'intervient, avec une pleine liberté, que pour suppléer les sources formelles (loi-coutume) défailtantes », F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2016, pp. 146-147. La théorie kelsénienne de l'absence de lacune réduirait à néant l'espace de la libre recherche scientifique (Voir *supra* chap. 3, Sect. 3, § 1, A).

<sup>1064</sup> Th. Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile* (1651), trad. de l'anglais par G. Mairet, Folio, coll. Essais, 2000.

<sup>1065</sup> Qu'elle repose sur les idéaux-types de la domination traditionnelle, charismatique ou rationnelle- légale. Voir M. Weber, *Économie et Société* (1922), trad. de l'allemand par J. Freund, Agora, coll. Pocket, 1971.

<sup>1066</sup> Platon, *Politique*, 265d, trad. du grec ancien, par A. Petit, Hachette, 1996, cité par P. Sloterdijk, « Règles pour le parc humain » (1999), *Règles pour le parc humain, suivi de La Domestication de l'Être*, trad. de l'allemand par O. Mannoni, Mille et une nuits, 2010, p. 57.

<sup>1067</sup> *Ibid.*, p. 54.

L'autoritarisme a survécu à l'idéal démocratique en réduisant le rôle des citoyens à l'élection d'une équipe pastorale, habilitée sans condition à prendre des décisions à leur place, puis à déléguer leur pouvoir à des fonctionnaires. Pour Kelsen, par exemple, « la question de la meilleure forme d'État c'est la question de la meilleure méthode pour l'élection des chefs »<sup>1068</sup>. La transmission du pouvoir n'est plus soumise à la loi salique, mais à l'octroi et la reconduction d'un mandat représentatif. Quand la démocratie se substitue à la monarchie, le pouvoir étatique change simplement de mains. Dans un processus de rationalisation, son exercice se professionnalise et se bureaucratise. Le monarque déchu laisse la place à des politiciens, qui nomment les hauts-fonctionnaires, qui nomment les fonctionnaires. Et puisqu'il est admis, à l'ère post-métaphysique, que la hiérarchisation des valeurs qui président aux règles pour le parc humain ne peut être déterminée scientifiquement, le gouvernant a toute latitude pour la définir. Dans un régime démocratique, les électeurs l'aiguillent à intervalle régulier, mais la politique, sous l'angle discursif, reste une « discussion professionnelle entre éleveurs »<sup>1069</sup>. C'est, pour le droit, aux politiciens élus de déterminer les règles de la justice administrée (législation), puis de nommer les fonctionnaires, les juges, à qui l'application au cas par cas est déléguée. L'autorité juridictionnelle aussi s'inscrit dans le jeu de la représentation politique ; cela vaut à toutes les juridictions françaises de s'exprimer « au nom du peuple français ».

En contradiction, une conception libérale du politique est défendue par des philosophes souvent anglo-américains : Mill, Dewey, Rawls, Dworkin, Arendt, mais aussi Castoriadis, Jürgen Habermas et Axel Honneth. Elle met les capacités d'action et d'expression d'individus socialisés au centre du jeu politique. Dans une coopération discursive forcément conflictuelle<sup>1070</sup>, les individus peuvent s'entendre dans l'espace public, au moins par des « consensus par recoupement »<sup>1071</sup>, et institutionnaliser leurs accords. La liberté d'expression et de discussion dans l'espace public joue un rôle fondamental dans une conception de la démocratie où les citoyens agissent et s'entendent sur les règles qu'ils vont s'imposer à eux-mêmes pour vivre ensemble, les limites sociales à leur liberté individuelle<sup>1072</sup>.

---

<sup>1068</sup> H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur* (1920), trad. de l'allemand par Ch. Eisenmann, Dalloz-Sirey, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 29.

<sup>1069</sup> P. Sloterdijk, « Règles pour le parc humain », *op. cit.*, p. 53.

<sup>1070</sup> « [La coopération] ne doit en aucun cas être conçue comme un long attelage placé devant un grand chariot ; elle est comme une âpre compétition de tir à la corde, elle n'est que lutte et différend ; mais dans la mesure où cette lutte se laisse régir par le logos, elle est une lutte commune, elle produit le commun. », M. Buber, « Suivre ce qui est commun », in *Communauté*, trad. de l'allemand par G. Cheptou, Editions de l'éclat, coll. Éclats, 2018, p. 127.

<sup>1071</sup> J. Rawls, *Théorie de la justice* (1971), trad. de l'anglais par C. Audard, Seuil, coll. Points Essais, 2009, p. 427.

<sup>1072</sup> Les anarchistes et libertariens contestent pourtant que l'État puisse constituer une institution valable pour la plupart d'arrangement de ce genre. Plus largement, on observe chez les libéraux le souci envers la menace d'une « tyrannie de la majorité ». Voir par exemple A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835), t. 1, Flammarion, 1981, p. 518 ou F. Hayek, *La Constitution de la liberté*, traduit de l'anglais par

L'autoritarisme insiste sur *l'hétéronomie* politique, c'est-à-dire l'imposition des règles par un supérieur et la soumission consentie par les individus. Le libéralisme préfère *l'autonomie* politique : les individus réunis se gouvernent, s'imposent eux-mêmes leurs propres règles. L'autoritarisme rit facilement du libéralisme. Il le trouve trop optimiste, trop inconscient des rapports de force et de domination. Même lorsque Habermas intègre l'idée de *distorsions de communication* pour intégrer la façon dont les dominants extorquent une pseudo-entente aux dominés, l'amende semble faire pâle figure. De la perspective autoritariste, « distorsions de communication » est un euphémisme pudique qui maquille la brutalité des rapports de force, capable de faire passer une répression sanglante pour un *quiproquo*.

**204. Positivism juridique et autoritarisme.** - La réflexivité libérale est puissante : elle peut botter en touche et reconnaître qu'après tout, philosophies politiques libérale et autoritariste elles-mêmes coopèrent dans le champ discursif de l'espace public, s'y distribuant la conscience de la domination et la confiance en l'efficacité de l'agir social. L'autoritarisme, quant à lui, peut valablement concevoir la possibilité d'une autorité éclairée par une contribution de la « société civile » au gouvernement<sup>1073</sup>. Mais les deux doctrines deviennent incompatibles lorsque, exacerbées, elles contestent le bien-fondé du principe concurrent. Le libéralisme politique peut prendre la forme d'un anarchisme libertaire, et alors la diversité des opinions et des modes de vie prend le pas sur le principe de l'autorité centralisée de l'État<sup>1074</sup>. L'autoritarisme, lui, peut venir s'opposer à la libre d'expression des opinions concurrentes. Radicalisé, il ne trouvera en elles qu'une force parasite à l'exercice du pouvoir, une menace contre l'autorité de l'État. Nos convictions individuelles sur la justice, dès lors, doivent rester *intimes* et *privées*. Alexandre Viala montre bien cette tendance chez Hobbes, père du positivisme juridique : « C'est la *privatisation* du droit naturel, en un mot

---

R. Audouin et J. Garello avec la collaboration de G. Millière, Litec, 1994. Voir aussi J. S. Mill : « La volonté du peuple signifie en pratique la volonté du plus grand nombre ou de la partie la plus active du peuple : de la majorité, ou ceux qui parviennent à s'imposer en tant que majorité. Il est donc possible que les "gens du peuple" soient tentés d'opprimer une partie des leurs ; aussi est-ce un abus de pouvoir dont il faut se prémunir au même titre qu'un autre. C'est pourquoi il demeure primordial de limiter le pouvoir du gouvernement sur les individus, même lorsque les détenteurs du pouvoir sont régulièrement responsables devant la communauté, c'est-à-dire devant son parti le plus fort. Si cette conception est devenue réalité, c'est qu'elle s'est imposée d'elle-même tant à l'intelligence des penseurs qu'aux inclinations de ces classes importantes de la société européenne qui, à tort ou à raison, voient en la démocratie une menace pour leurs intérêts. Ainsi range-t-on aujourd'hui, dans les spéculations politiques, "la tyrannie de la majorité" au nombre de ces maux contre lesquels la société doit se protéger. », *De la liberté, op. cit.*, p. 7.

<sup>1073</sup> G. W. F. Hegel, *La société civile bourgeoise*, trad. de l'allemand par J.-P. Lefebvre, éd. François Maspéro, coll. Théorie : textes, 1975. Pour aller plus loin, C. Larouche-Tanguay, « La thématique hégélienne de la société civile bourgeoise », *Laval théologique et philosophique*, vol. 41, n° 3, 1985, pp. 345-360.

<sup>1074</sup> Quand elle ne demande pas sa désintégration pure et simple, cette doctrine en réclame une version minimale qui n'assurerait que les protections élémentaires de la liberté de chacun à vivre sa vie comme il le juge bon : « Il serait plus opportun [...] de recentrer l'intérêt sur une situation de non-État dans laquelle les gens dans leur ensemble satisferaient à des contraintes morales, et dans l'ensemble agiraient comme ils le doivent », R. Nozick, *Anarchie, État et utopie*, trad. de l'anglais par E. d'Auzac de Lamartine et P.-E. Dauzat, PUF, coll. Quadrige, 3<sup>e</sup> édition, 2016, p. 21.

l'anéantissement de sa consistance objective, qui est à l'origine de la conception autoritaire de l'État hobbesien. C'est parce que la vérité axiologique est livrée, dans une perspective éminemment moderne et individualiste, à l'*intime* conviction de chacun, qu'il est légitime que s'impose l'autorité de l'État par une force de vérité légale. [...] Seul le législateur, soutiendra Hobbes, [...] détermine souverainement le juste et l'injuste »<sup>1075</sup>.

C'est pourquoi « Hobbes éprouvait une farouche réticence à l'endroit des controverses doctrinales »<sup>1076</sup>. Les discussions à propos de ce que les autorités décident lui semblent vaines car l'unique conception de la justice qui compte est celle que l'autorité impose par la sanction. Ici, il faut remarquer à quel point cette « farouche réticence » s'accorde avec les tendances les plus agressives de la philosophie empiriste contre ce que cette doctrine répute, selon ses principes, métaphysique et, partant, dépourvu de signification. Nous avons remarqué cette agressivité chez Hägerström<sup>1077</sup>, mais c'est sans doute à l'origine, c'est-à-dire chez Hume, qu'on en trouve l'expression la plus cruelle : « Fort de la conviction que nous confèrent ces principes, passons en revue nos bibliothèques : à quels ravages serions-nous conduits ! Si nous prenons en main un volume, disons par exemple de théologie ou de métaphysique traditionnelle, demandons-nous : contient-il une conclusion abstraite quelconque qui fasse référence à des grandeurs ou à des nombres ? Non ! Contient-il une constatation expérimentale quelconque qui fasse référence au factuel et à l'effectif ? Non ! Alors au feu, car il ne peut rien contenir d'autre que des sophismes et des illusions ! »<sup>1078</sup>.

Le relativisme quant aux conceptions du bien et de la justice, s'il ne conduit pas à la tolérance vis-à-vis de leur diversité et de leurs expressions, montre le visage inquiétant de la répression. Sans doute ne s'agissait-il chez Hume que d'une façon de parler ; il s'emporte, s'enflamme, n'est pas sérieux, il ne lance pas *vraiment* un appel pour le plus grand autodafé

<sup>1075</sup> A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, p. 58.

<sup>1076</sup> *Ibid.*

<sup>1077</sup> Voir *supra* chap. 1, Sect. 1, § 1.

<sup>1078</sup> D. Hume, *Enquête sur l'entendement humain*, cité par E. Cassirer, *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine*, Cerf, coll. Passages, 1996, p. 147. Cassirer met cette citation en perspective avec la philosophie empiriste d'Hägerström : « Si donc, munis du critère de scientificité de Hägerström, nous devons nous livrer à un examen de nos bibliothèques, les ravages prendraient, me semble-t-il, des allures toutes différentes et beaucoup plus radicales. Ils ne se limiteraient absolument pas aux ouvrages de théologie et de métaphysique, mais devraient embrasser tout ce qui se trouve en dehors de la sphère de la science de la nature, seule et vraie science de l'effectif. Dans cet anéantissement, il faudrait comprendre l'œuvre de Hume, car il était historien et l'histoire n'appartient, n'est-ce pas, aux "sciences de l'esprit" ; n'est-elle pas même la base méthodologique proprement dite de celles-ci ? Nous ne pourrions même pas nous en tenir aux sciences du moi, de la société, de l'État, de la morale ou de la religion. Nous devrions de manière tout aussi justifiée livrer également à la destruction toute science du langage qui ne se limiterait pas à la phonétique ou à la phonologie, toute science de l'art, dans la mesure où elle ne traite pas simplement de sentiment mais s'essaie à une analyse des *œuvres* d'art. Et qu'advierait-il de la science de la critique littéraire, de la philologie, de l'archéologie ? Devrions-nous déclarer que tout cela n'est que sophisme et tromperie, et que les mots de Hume, *Commit it then to the flames*, s'appliquent à tout cela ? Il n'est pas douteux qu'un travail de déblaiement aussi radical soulagerait nos bibliothèques de plus d'un poids inutile. Mais cela n'entraînerait-il pas également un véritable dépérissement et un appauvrissement de notre vie spirituelle ? », *ibid.*, pp. 147-148.

de tous les temps. Il faudrait être paranoïaque pour imaginer que la prohibition du non-scientifique puisse s'assortir d'une sanction dépassant le *mépris*, à lui seul suffisamment problématique, que les ardents promoteurs de la raison scientifique affichent régulièrement à l'égard, notamment, des juristes. « La science est indiscreète, bruyante, insolente », et elle est peut-être « la plus récente, la plus agressive et la plus dogmatique des institutions religieuses »<sup>1079</sup>, mais il est inconcevable qu'elle conduise à ce genre d'extrémités. Paranoïaque, il faudrait l'être comme Philip K. Dick, l'auteur de science-fiction. Dans *Les chaînes de l'avenir*<sup>1080</sup>, il met en scène un régime répressif qui reconnaît comme manifeste politique une « Introduction au relativisme ». Des élections sont régulièrement tenues, mais les locuteurs d'affirmations invérifiables<sup>1081</sup>, et donc tous ceux qui expriment un devoir-être<sup>1082</sup>, sont sévèrement punis. Naturellement, « tout le monde viole la loi », et seuls les jugements de valeur susceptibles d'inquiéter les autorités sont sanctionnés<sup>1083</sup>. Dans cette dystopie, un régime politique autoritaire bénéficie du relativisme éthique comme d'une justification philosophique aux limites qu'il pose à la liberté d'expression. « La langue scientifique, dans son impartialité, enlève à tout ce qui est sans pouvoir la possibilité de s'exprimer »<sup>1084</sup>, remarquaient Adorno et Horkheimer : elle devient l'alibi puissant d'un souverain sans partage. Remarquons, sur ce point, que le nihilisme quant à la raison pratique, celui qui s'exprime dans « il n'est pas contraire à la raison de préférer la destruction du monde entier à l'égratignure de mon doigt »<sup>1085</sup>, coïncide avec la maxime attribuée au totalitarisme par Hannah Arendt : « tout est possible »<sup>1086</sup>.

**205. La place des savants dans la société.** - Peu disert sur la liberté d'expression des savants et son intérêt pour la communauté politique, la tradition autoritariste s'inquiète

<sup>1079</sup> P. Feyerabend, *Contre la méthode*, op. cit., p. 332.

<sup>1080</sup> Ph. K. Dick, *Les chaînes de l'avenir* (*The World Jones Made*, 1956), Le livre de poche, coll. S.-F., 1988.

<sup>1081</sup> L'officier Cussick explique ainsi le régime politique à sa femme : « Nous levons le bras et nous disons : "Prouve, ou tais-toi ! Apporte la preuve de ce que tu dis (...) Tu as le droit de le dire, si tu as les moyens de le prouver. Sinon, ouste ! En camp de travail !" », *ibid.*, p. 46.

<sup>1082</sup> « Ne me dis pas ce que je *devrais* faire, c'est une infraction au Relativisme ! Tu fais tout ce que tu veux, mais tu n'as pas à me dire ce que *je dois faire*. », dit Cussick à sa femme, *ibid.*, p. 40, souligné par l'auteur.

<sup>1083</sup> Préoccupé par les prédictions d'un prophète de fête foraine, Cussick insiste auprès de son chef : « Mais je crois qu'il s'agit d'une violation de la loi ! ». Il lui répond : « *Tout le monde* viole la loi ! Si je vous dis que les olives ont un goût dégueulasse, théoriquement, je viole la loi. Si quelqu'un vous dit que le chien est le meilleur ami de l'homme, c'est une infraction à la loi. Ça n'arrête pas ! Nous ne nous intéressons pas à ça ! », *ibid.*, p. 35, souligné par l'auteur.

<sup>1084</sup> M. Horkheimer et Th. W. Adorno, *La dialectique de la raison* (1944), trad. de l'allemand par E. Kaufholz, Gallimard, coll. Tel, 1974, p. 39.

<sup>1085</sup> D. Hume, *Traité de la nature humaine* (1739), trad. Ph. Folliot, UCAQ, 2006, t. II, p. 150.

<sup>1086</sup> « Ce qui se fait dans les camps n'est justifié par aucune utilité, aucun intérêt, et c'est pourquoi il n'y a aucune limite à ce qu'on peut y faire. Dans les camps, "tout est possible". D'autant que le scientisme de l'idéologie supprime les valeurs morales, les obstacles "subjectifs" qui pourraient s'opposer à ce qu'on y tente les pires expériences et à ce qu'on y commette les pires crimes », H. Arendt, *Le système totalitaire*, t. 3. *L'origine du totalitarisme*, trad. J.-L. Bourget, Seuil, coll. Points Essais, 2005. Pour aller plus loin, O. Le Cour Grandmaison, « Sur L'Univers concentrationnaire : remarques sur "tout est possible" », *Lignes*, vol. 2, n° 2, 2000, pp. 26-46, et D. Rousset, *L'Univers concentrationnaire*, Les éditions de minuit, 1989, p. 181 : « Les hommes normaux ne savent pas que tout est possible ».

davantage que la démocratie, règne des représentants du peuple, soit menacée par l'*épistocratie*, règne des représentants de la science<sup>1087</sup>. Cette crainte est compréhensible. Certains intellectuels, enivrés par leurs connaissances, semblent avoir réellement cru à l'avènement d'un gouvernement épistocratique. La figure platonicienne du philosophe-Roi est souvent présentée comme l'archétype de cette tendance. Pour Karl Popper, la prise de pouvoir du philosophe dans la cité idéale préfigure un régime totalitaire<sup>1088</sup>. Au 19<sup>e</sup> siècle, les yeux d'Auguste Comte et d'Ernest Renan<sup>1089</sup> pétillaient à l'idée d'un gouvernement scientifique, et les utilitaristes de la même époque montraient un enthousiasme similaire. Le darwinisme social nazi et le communisme scientifique soviétique auraient dû dissuader cet entrain, mais l'on observe depuis de nombreuses années déjà l'économisme de marché s'exhiber en *science économique*, naturalisant ses orientations politiques pour affirmer l'absence d'alternative au paradigme qu'il a instauré<sup>1090</sup>. Dans un autre registre, Jason Brennan, en réaction paniquée à l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis, préconise de confier le pouvoir à « ceux qui savent » en conditionnant le droit de vote à l'obtention d'un permis de voter délivré selon le résultat à un test de connaissance<sup>1091</sup>. Enfin, Alexandre Viala s'est récemment inquiété du projet d'une « troisième chambre du futur » aux côtés du Sénat et de l'Assemblée nationale, où des experts et scientifiques siègeraient pour discuter des perspectives politiques à long terme<sup>1092</sup>. Cette institution n'exercerait qu'un rôle consultatif, dit le projet, mais sa dénomination laisse Alexandre Viala redouter une dérive épistocratique.

Pour saisir, entre l'exil et le trône, la place des savants dans une société démocratique, il importe de désamorcer le conflit qui s'est institué entre savoir et pouvoir, connaissance et action. Pour cela, il faut insister sur la distinction entre les actes de langage qui expriment des *décisions assorties de sanctions* (ce que font les autorités officielles comme les juges) et les actes de langage qui expriment des *propositions sur la manière dont les autorités doivent décider* (ce que font, en juristes, les chercheurs en droit). L'autoritarisme est une menace à la liberté d'expression lorsqu'il entretient la confusion entre ces deux genres d'actes, car alors

<sup>1087</sup> Pour aller plus loin, D. Estlund, *L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique* (2007), trad. de l'anglais par Y. Meynard, Hermann, coll. L'avocat du diable, 2011.

<sup>1088</sup> K. Popper, *La société ouverte et ses ennemis* (1962), t. 1., L'ascendant de Platon, Seuil, Points-Essais, 1979. Sur la figure du philosophe-Roi, pp. 166-184.

<sup>1089</sup> « Organiser scientifiquement l'humanité, tel est donc le dernier mot de la science moderne, telle est son audacieuse mais légitime prétention. », E. Renan, *L'avenir de la science* (1890), Flammarion, coll. GF-Littérature, 2014.

<sup>1090</sup> En contre-feu, voir A. Orléan (dir.), *À quoi servent les économistes s'ils disent tous la même chose ? Manifeste pour une économie pluraliste*, Les liens qui libèrent, 2015.

<sup>1091</sup> J. Brennan, *Against Democracy*, Princeton University Press, 2016.

<sup>1092</sup> A. Viala, « La dérive épistocratique du moment positiviste », in « Colloque Demain, l'épistocratie ? organisé par le CERCOP, 7-8 décembre 2017 partie 1/4 », 2:11:40-2:13:10, URL [consulté le 7/10/2018] : [https://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv\\_Og](https://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv_Og)

Voir D. Bourg (dir.), *Pour une 6<sup>e</sup> République écologique*, Odile Jacob, coll. Sciences humaines, 2011, en particulier le chapitre 5, « Gouverner sur le long terme ».

le monopole légitime des autorités élues et nommées pour prendre des décisions assorties de sanction devient celui d'être, seules, capables d'énoncés normatifs, sous le prétexte qu'elles seules auraient obtenu la légitimité de « déterminer souverainement le juste et l'injuste ». Cet insidieux glissement s'effectue chez Kelsen quand il insinue que les chercheurs en droit ne peuvent excéder leur fonction de description du droit car il leur manque l'habilitation pour créer des normes. En note déjà citée à son explication de la distinction entre « fonction de la science du droit » et « fonction de l'autorité juridique », il dresse ce parallèle surprenant avec la morale : « L'éthique décrit les normes d'une morale déterminée, elle nous enseigne comme nous devons nous conduire selon cette morale, mais, en tant que science, elle ne nous prescrit pas de nous conduire de telle ou telle façon. Le moraliste n'est pas *l'autorité morale qui pose les normes* qu'il décrit en propositions normatives. Mais il est possible, et effectivement il arrive parfois, que des propositions normatives que l'auteur d'une éthique formule dans ses œuvres n'ont pas, dans l'intention de l'auteur, le sens de simple description, mais celui de prescription : *le moraliste s'arroge l'autorité de poser des normes, d'émettre des prescriptions morales. Ce faisant, il excède sa compétence* de représentant d'une science, et *la question se pose de savoir ce qui l'habilite à poser des normes morales* ; à cette question, il est à peu près incapable de donner une réponse satisfaisante »<sup>1093</sup>.

La question de savoir ce qui habilite un moraliste à « poser des normes » est déconcertante. Elle nous conduirait à rechercher la règle de compétence qui habilite Hans Jonas à publier *Le principe responsabilité* à l'attention de l'humanité, ou à nous demander qui a délégué à Jean-Jacques Rousseau le soin d'écrire *l'Émile* à l'attention des éducatrices. Évidemment, aucune habilitation n'est nécessaire pour écrire un livre, même s'il contient des énoncés indiquant à d'autres la façon dont ils devraient agir. De la même manière, aucune habilitation n'est nécessaire pour écrire et publier des énoncés indiquant au juge la façon dont il doit ou aurait dû décider. Ici, Kelsen semble bel et bien avoir confondu l'exercice d'un pouvoir de décision et de sanction effectives avec l'expression publique d'un raisonnement pratique sur la façon dont ces décisions doivent être prises.

**206. Citoyenneté des chercheurs en droit.** - Par cette même confusion entre *décider* et *proposer*, Fehér avait reproché à Castoriadis une « formulation autoritaire » d'une « seule et unique version authentique du socialisme, celle qu'il propose dans sa redéfinition ». Selon Fehér, cet acte « contredit l'esprit d'une société autonome »<sup>1094</sup>, justement défendue par le philosophe de *Socialisme ou Barbarie*. La réponse que Castoriadis adresse à Fehér est fondamentale : « un mouvement qui essaierait d'établir une société autonome ne pourrait se

<sup>1093</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1962), trad. de l'allemand par Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2<sup>e</sup> édition, 1999, p. 80, note 7.

<sup>1094</sup> F. Fehér, « Castoriadis and the Re-definition of Socialism », in G. Busino (dir.), *Autonomie et autotransformation de la société*, Droz, coll. Travaux de sciences sociales, 1989, p. 402.

faire sans une discussion et une confrontation de propositions provenant de divers citoyens. Je suis un citoyen, je formule donc mes propositions »<sup>1095</sup>.

De la même manière, la justification politique autoritariste des velléités positivistes de censure oublie que les « savants », ayant acquis la maîtrise d'un savoir-faire intellectuel, n'en perdent pas leur citoyenneté et qu'ils sont, en vertu de celle-ci, non seulement libres de s'exprimer, mais aussi co-titulaires de la souveraineté dans un régime démocratique : « La Loi est l'expression de la volonté générale. *Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation* »<sup>1096</sup>. Sauf à contredire la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, les représentants politiques ne peuvent pas être considérés, en lieu et place des citoyens, comme les véritables souverains ou, pire, comme les seuls titulaires de la liberté d'expression. Quand, récemment, il a été dit : « les valeurs, n'étant ni vraies ni fausses, ne peuvent pas être hiérarchisées par le savoir, et seul le politique, le souverain, dispose de ce monopole de hiérarchisation, parce qu'il est libre et souverain »<sup>1097</sup>, il faut être extrêmement vigilant devant l'ambiguïté sur le point de savoir *qui* est visé par le « il » renvoyant à « politique ». Sont-ce les officiels qui, seuls, seraient libres et souverains, comme si le pacte conclu avec Léviathan avait été celui d'un transfert de propriété ? La technologie de la représentation politique, prévue pour pallier les difficultés techniques d'un gouvernement du peuple par son expression directe et permanente, ne peut pas prendre le pas sur la fin dont elle n'est que l'un des moyens. Elle serait sinon, « dans le concept comme dans les faits, *aliénation* (au sens juridique du terme : transfert de propriété) de la souveraineté, des "représentés" vers les "représentants" »<sup>1098</sup>. La démocratie change de sens si l'on admet qu'elle peut seulement s'effectuer par le moyen de la représentation, au mépris du potentiel inouï du droit de chacun à concourir personnellement à ce qui nous est commun, *res publica*, c'est-à-dire, notamment et pour ce qui nous concerne ici, l'administration de la justice.

**207. Responsabilité épistémique.** - De ce point de vue, la légitimité politique des chercheurs en droit à concourir à la formation du droit ne leur est pas conférée par la scientificité de leur activité, ni même par leurs titres universitaires (épistocratie), mais par leur statut inaliénable de citoyen (démocratie). Ce fondement, en contrepartie, implique qu'un chercheur en droit, quand il écrit, n'est pas le « représentant d'une science », encore moins de la Raison ou du *logos* : « Cette humilité [ne serait] que le comble de l'arrogance. Ce n'est jamais le *logos* que vous écoutez ; c'est toujours *quelqu'un*, tel qu'il est, de là où il est, qui

<sup>1095</sup> C. Castoriadis, *Fait et à faire. Les carrefours du labyrinthe, t. 5.* (1997), Seuil, Points-Essais, 2008, p. 86.

<sup>1096</sup> Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qu'il faut lire en combinaison avec l'article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

<sup>1097</sup> A. Viala, « La dérive épistocratique... », *op. cit.*, 01:46:00.

<sup>1098</sup> C. Castoriadis, « Fait et à faire... », *op. cit.*, p. 78.

parle à ses risques et périls, mais aussi aux vôtres »<sup>1099</sup>. Par conséquent, la liberté de pensée et d'expression est *personnelle*. Elle implique l'engagement d'une responsabilité de l'auteur quant aux conséquences des convictions qu'il partage<sup>1100</sup>. C'est la raison pour laquelle un chercheur en droit honnête doit annoncer à son lecteur qui il est et d'où il parle. Cela ne commande rien de plus que de rendre explicite, quand c'est nécessaire, les fonctions qu'il assume dans l'arène politique, militante ou officielle. Il est important, par exemple, que les magistrats s'annoncent comme tels lorsqu'ils publient dans des revues juridiques.

Dans ce registre, il faut noter la réaction remarquable de Jean-Pascal Chazal face au cas problématique d'un article signé par deux constitutionnalistes de renom, Pierre Avril et Jean Gicquel : « Collaborateurs parlementaires : respectons le droit »<sup>1101</sup>. La tribune, publiée dans un journal grand public, était une contribution au débat concernant les accusations d'emplois fictifs du candidat François Fillon à l'élection présidentielle française de 2017. Jean-Pascal Chazal commence ainsi : « Beaucoup de professeurs de droit sont intervenus dans le débat public. Les uns invoquaient les principes constitutionnels de séparation des pouvoirs et d'indépendance des parlementaires, les autres (dont je faisais partie) prônaient le contrôle judiciaire de l'usage par les élus de la Nation des fonds publics mis à leur disposition. *L'existence de ce débat est réjouissante d'un point de vue démocratique [...]* »<sup>1102</sup>. Néanmoins, il s'aperçoit, à la lecture d'un ouvrage du directeur de campagne du candidat en question, que la publication de l'article avait été demandée par le candidat et son équipe<sup>1103</sup>. Il s'étonne : « La fameuse tribune était donc une commande destinée à participer au plan de communication de l'équipe de campagne du candidat ! »<sup>1104</sup>, puis il précise pourquoi il s'étonne : « L'honnêteté commandait à ces deux professeurs de révéler la sollicitation dont ils avaient été l'objet. Cette transparence aurait permis à leurs lecteurs de ne pas être abusés par l'objectivité apparente conférée par la mise en avant de leurs titres académiques »<sup>1105</sup>. La solution qu'il préconise est la suivante : « Il me semble qu'une solution serait d'abandonner l'idée fautive que la doctrine a pour fonction de décrire le droit de manière neutre et d'avoir l'honnêteté intellectuelle de dire d'où l'on parle lorsque l'on écrit sur commande »<sup>1106</sup>.

Sur ce point, Jean-Pascal Chazal rejoint Nicolas Molfessis : « La nécessité de la transparence est la contrepartie de la liberté d'expression et de l'engagement de celui qui

<sup>1099</sup> C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, coll. Points-Essais, 1975, p. 9.

<sup>1100</sup> « L'Université d'Aix-Marseille n'entend donner ni approbation ni réprobation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur », lit-on ainsi aux premières pages de notre thèse.

<sup>1101</sup> P. Avril et J. Gicquel, « Collaborateurs parlementaires : respectons le droit », *Le Figaro*, 9 février 2017.

<sup>1102</sup> J.-P. Chazal, « Doctrine partisane : le mélange des genres », *Recueil Dalloz*, n°16, 26 avril 2018, p. 841.

<sup>1103</sup> P. Stefanini et C. Barjon, *Déflagration. Dans le secret d'une élection impossible*, Robert Laffont, 2017, pp. 269-270.

<sup>1104</sup> J.-P. Chazal, « Doctrine partisane : le mélange des genres », *op. cit.*

<sup>1105</sup> *Ibid.*

<sup>1106</sup> *Ibid.*

s'exprime. [...] À défaut de pouvoir détacher leur démonstration des circonstances de sa production, c'est-à-dire de données contingentes, ses participants ne sauraient masquer leur implication dans l'objet de leur étude. Aussi si celui qui est impliqué n'est pas privé de parole, c'est à la condition fondamentale de révéler sa position »<sup>1107</sup>. De combien cette mise au point est-elle plus raisonnable que toute autre solution liberticide à laquelle conduirait une conception prohibitive de la neutralité axiologique ? Celle-ci, fondée à la fois sur une conception scientifique de la connaissance et une conception autoritariste du politique et de l'État, négligerait d'une part que l'administration de la justice est une institution républicaine qui réclame par cette nature la contribution des citoyens volontaires et, d'autre part, ce qu'il y aurait de *déplacé* à demander à quelqu'un de renoncer à son statut politique élémentaire, alors justement qu'il entretient un savoir-faire intellectuel permettant de contribuer au mieux à la chose publique. Faire du droit est une activité politique parce que l'administration de la justice est républicaine ; cela ne la rend ni impure, ni vaine. Les chercheurs en droit font du droit et sont légitimes à contribuer à l'administration de la justice parce qu'ils sont citoyens, et ils pourront continuer à y contribuer tant qu'elle restera publique<sup>1108</sup>. Ils n'y sont pas plus légitimes que les autres citoyens, mais eux sont *capables* d'y contribuer. Ils sont, par le travail, devenus les plus à l'aise d'entre tous dans le langage du droit, les mieux à même de comprendre ce qui se trame dans les décisions de justice et les lois, les mieux armés pour y contribuer.

**208. Juspositivisme et jusnaturalisme.** - La conception de la connaissance comme contemplation aura durablement occulté que la recherche en droit est, dans sa participation aux affaires publiques, travail, œuvre, action<sup>1109</sup>, création, invention, et que l'idée même de connaissance juridique pourrait se concevoir dans ces termes. À accorder la possibilité de ne connaître que ce qui est fait ou ce qui est déterminé à être fait, on ne peut envisager que le connaître concerne d'au plus près la détermination de l'indéterminé. L'épistémologie juridique aurait sinon encouragé les dispositions d'un chercheur à proposer une solution nouvelle, jamais dite par quiconque, une Cour suprême eût-elle décidé l'exact inverse auparavant. Elle n'y aurait pas vu le dépassement de sa fonction académique, mais son exercice tout entier.

---

<sup>1107</sup> N. Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 165.

<sup>1108</sup> « [...] La publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 §1 de la Convention. Cette publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public », Cour européenne des droits de l'Homme, 12 juillet 2001, n° 33071/96, *Malhous c. République Tchèque*.

<sup>1109</sup> Trinôme constituant la *vita activa* chez Hannah Arendt, opposée à la *vita contemplativa*. « Je propose le terme de *vita activa* pour désigner trois activités humaines fondamentales : le travail, l'œuvre et l'action. Elles sont fondamentales parce que chacune d'elles correspond aux conditions de base dans lesquelles la vie sur terre est donnée à l'homme », H. Arendt, *Condition de l'homme moderne* (1958), trad. de l'anglais par G. Fradier, Calmann-Lévy, coll. Agora-Pocket, 1961, p. 41.

Mais il aurait déjà fallu admettre que ce qui est créé n'est pas déjà-là, pas même « en puissance » comme la statue dans le bloc de marbre<sup>1110</sup>, expédient pour celui qui ne pourra penser l'événement de la création qu'en les termes d'un dévoilement (*alètheia*) de ce qui est depuis toujours présent en quelque manière, enfoui dans le monde des possibilités. Pourtant, « on ne *fait être* la statue comme statue et comme cette statue-ci que si l'on invente, l'on imagine, l'on pose à partir de rien son *eidos* ; si l'on imprime à un morceau de bronze un *eidos* déjà donné, on ne fait que répéter ce qui, essentiellement, en tant qu'essence-*eidos*, était déjà là, l'on ne crée rien, l'on imite, l'on *produit*. Inversement, si l'on "fabrique" un *autre eidos*, on fait plus que "produire", on *crée* »<sup>1111</sup>. Pour la recherche en droit, la reconduction épistémologique du principe *ex nihilo nihil fit* pourrait faire croire à certains qu'ils ne sont pas auteurs des solutions qu'ils proposent, que celles-ci proviennent de la nature des choses, d'un Dieu ou d'une Raison éternelle. Ce serait, à chaque fois, parler d'un droit naturel. L'application de ce même principe conduit les positivistes d'aujourd'hui à déceler ce droit naturel chez les autres aussitôt qu'ils ne parviennent pas à déterminer d'où viennent ces nouvelles propositions, à quoi elles correspondent, ce qu'elles représentent. Dès lors, Michel Villey et Michel Troper trouvent à leurs pensées un rare point commun : pour eux deux, le jusnaturalisme est « la philosophie spontanée des juristes »<sup>1112</sup>. Et pourtant, Wanda Mastor n'invoque pas la nature des choses quand elle propose au Conseil constitutionnel une façon raisonnable d'intégrer la possibilité pour ses membres d'émettre des opinions séparées<sup>1113</sup>. Elle est l'auteure de cette proposition, elle le sait, et ainsi elle prend soin de la justifier du mieux possible pour convaincre ses lecteurs, peut-être des officiels. Paul Cassia ne semble se croire le porte-parole d'aucun Dieu lorsqu'il regrette que le Conseil d'État, par son arrêt d'assemblée du 18 mai 2018<sup>1114</sup>, abîme les principes de légalité et de sécurité juridique, alors même que la juridiction s'en estime la gardienne<sup>1115</sup>. Gareth Davies, lorsqu'il vient dire au constituant européen que le principe de subsidiarité, exprimé par l'article 5 du Traité de l'Union Européenne, est une « mauvaise idée, au mauvais endroit, au mauvais moment »<sup>1116</sup>, ne prétend pas avoir fait cette découverte par l'exploration du ciel des Idées. « Le combat

<sup>1110</sup> Aristote, *Métaphysique*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Flammarion, coll. *GF*, 2015, IV, 6, 1048a.

<sup>1111</sup> C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>1112</sup> L'intervention de Michel Troper « Le sophisme naturaliste : péché épistocratique de la pensée juridique » a été réintitulée par l'auteur « Le jusnaturalisme, philosophie spontanée des juristes » contre le titre attribué par Alexandre Viala, bien qu'il concède que « l'idée générale est la même », in « Colloque Demain, l'épistocratie ? organisé par le CERCOP, 7-8 décembre 2017 partie 1/4 », 1:03:10-01:42:40, URL [consulté le 7/10/2018] :

[www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv\\_Og](http://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv_Og)

M. Villey, *La formation de la pensée...*, *op. cit.*

<sup>1113</sup> W. Mastor, *Les opinions séparées...*, *op. cit.*

<sup>1114</sup> Conseil d'État, 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*.

<sup>1115</sup> P. Cassia, « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », *Le blog de Paul Cassia*, Médiapart, 22 mai 2018, URL [consulté le 7/10/2018] :

<https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/210518/le-conseil-d-etat-abime-les-principes-de-legalite-et-de-securite-juridique>

<sup>1116</sup> G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea », *op. cit.*

doctrinal », dit Atias, « est mené pour rétablir une liberté d'interprétation des règles et de composition du droit, qui puise sa force et ses limites en elle-même ; elle ne peut les trouver ailleurs »<sup>1117</sup>.

La plupart des chercheurs en droit d'aujourd'hui ne sont pas jusnaturalistes. Ils croient probablement que la nature est muette, que Dieu est mort et que la Raison a besoin de toutes nos voix. Ils sont pour ainsi dire « restés dans la caverne »<sup>1118</sup>, c'est-à-dire dans la Cité, tous concernés par les affaires humaines<sup>1119</sup>. Y sont-ils bercés d'illusions, aveugles parmi les aveugles ? Ne serait-ce pas une illusion plus grande et plus dangereuse s'ils se figuraient s'en être extraits et débarrassés, repus de leurs artifices méthodologiques ? Ces questions, vu la régression à l'infini dont elles procèdent, pourraient bien être indécidables. Qu'importe, car nous les savons soucieux, parfois inquiets<sup>1120</sup>, des évolutions de la jurisprudence. Ils sont conscients de l'enjeu majeur et difficile de l'administration de la justice, et ils sont prêts à en découdre. Nous pouvons tirer quelques motifs de satisfaction à ce qu'ils y soient restés, dans notre caverne, qu'ils osent y concevoir le droit, à leurs risques et périls. Qu'ils savent tenir tête au Léviathan, théorie contre arbitraire<sup>1121</sup>. Nous sommes reconnaissants qu'ils assument ainsi leur responsabilité, et nous sourions à les voir hausser les épaules quand un épistémologue leur reproche d'avoir les mains sales. L'eau pure de la science du droit n'était qu'une ruse destinée à les neutraliser, à les anesthésier, à renforcer chez eux « le sentiment de l'impuissance humaine et de la futilité »<sup>1122</sup>.

---

<sup>1117</sup> Ch. Atias, « Une doctrine de combat pour un droit menacé », in P.-H. Antonmattei (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Lexis-Nexis/Litec, 1998, p. 18.

<sup>1118</sup> M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1984, p. xiv.

<sup>1119</sup> « Le philosophe qui sort de la caverne s'éloigne, en solitaire, des affaires humaines ; son expérience de l'éternel est une sorte de mort, dans la mesure où mourir n'est rien d'autre que cesser d'être parmi les hommes. Or, à cette expérience, aucune activité ne peut correspondre », C. Widmaier, « Préface », in H. Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, préface et trad. de l'anglais par C. Widmaier, Seuil, coll. Points-Essais, 2014, p. 20.

<sup>1120</sup> M.-Cl. Belleau, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », *Les cahiers du droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 507-544. Marie-Claire Belleau reprend de Paul Cuche l'idée de « juristes inquiets » pour rendre compte de l'attitude critique de François Gény et de Raymond Saleilles ; P. Cuche, « À la recherche du fondement du droit : y a-t-il un romantisme juridique ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 28, 1929, pp. 57-66.

<sup>1121</sup> Ch. Atias, *Théorie contre arbitraire*, PUF, coll. Les voies du droit, 1987.

<sup>1122</sup> J. Dewey, « La science politique en exil » (1918), *Écrits politiques*, trad. de l'anglais par J.-P. Cometti et J. Zask, Gallimard-NRF, coll. Bibliothèque de philosophie, 2018, p. 137.





## Conclusion

**209. Critique d'une ascèse.** - Nous avons interrogé l'idée, fondamentale et bien ancrée dans la philosophie juridique française, qui consiste à opposer formellement le droit et la science du droit. Cette thèse semblait être la meilleure si l'on voulait conserver l'idée d'une science du droit sans rien céder à la tentation du scientisme, celui-ci nous conduisant à espérer une technocratie où les choix de société seraient confiés à des savants, qu'ils soient sociologues, économistes ou juristes (épistocratie). La science du droit, pour se montrer désirable et respectueuse de l'idéal démocratique, devait afficher une extériorité radicale vis-à-vis du droit. La relation qu'elle entretient avec lui devait prendre la forme suggérée par la philosophie scientifique : celle du couple fondateur constitué par l'objet (réel) et le sujet (transcendantal). Dans ce cadre, l'objet est le droit positif et le sujet, c'est la science du droit ou, plutôt, le scientifique du droit. Ses travaux sur la formation du droit positif sont censés être objectifs, en tant qu'ils doivent pouvoir être partagés de manière univoque par la communauté scientifique. Ses résultats doivent pouvoir être vérifiés ou falsifiés par les pairs. C'est parce que le sujet connaissant est remplaçable qu'il est transcendantal et qu'il peut être anonymisé en « la science du droit ». Ce qu'il affirme sur le droit doit pouvoir être entièrement détachable de ce qui fait de lui une personnalité, une individualité authentique avec ses passions, son vécu et, plus que tout, avec ses convictions et ses ambitions pour le droit. En refoulant l'authenticité du chercheur au profit de l'objectivité de la connaissance, l'épistémologie juridique positiviste a proposé aux chercheurs en droit un lot d'interdictions et de limites à ne pas franchir au risque du discrédit académique. Elle leur a proposé une ascèse, exigeante et difficile à tenir absolument, mais qui serait indispensable à leur intégrité intellectuelle. Par la critique de l'opposition du droit et de la science du droit, nous avons contesté les principes au fondement de cette déontologie.

**210. Résumé des chapitres.** - Nous avons introduit cette critique par l'examen de la stratégie analytique qui, pour garantir une dissociation effective entre l'activité juridique et le travail scientifique sur le droit, a fait valoir une différence logico-sémantique entre le langage juridique et le langage de la science du droit. Cette opposition, en soulignant la rigueur et les vertus du langage scientifique, a vite conduit, par contraste, à une dévaluation radicale du langage juridique, aussitôt qu'il s'est avéré impropre à l'usage scientifique. Pour l'école réaliste scandinave, les expressions juridiques sont devenues des mots creux, sans signification. Mais cette thèse, montrant un anticognitivismes étroit à l'égard de la pratique juridique, n'était pas raisonnable. Elle était bien trop offensante pour les juristes et elle

n'offrait, hors un comportementalisme jamais vraiment envisagé, aucune prise pour le développement d'une science du droit. Il fallait trouver une explication raisonnable à l'usage du langage juridique, sans toutefois lui reconnaître une identité de forme ou de fonction avec le langage scientifique. S'est ainsi progressivement installée l'idée selon laquelle les concepts juridiques existent, mais en constituant la connexion entre des faits-conditions et des conséquences juridiques, tandis que les concepts scientifiques, eux, établissent une relation entre les mots et les faits, les choses ou les états de chose. Cette idée a fait correspondre la sémantique à l'opposition épistémologique entre le droit et la science du droit : le langage juridique sert à l'exercice d'un pouvoir permettant d'ordonner ce qu'il faut faire par des prescriptions, tandis que le langage scientifique sert à l'expression d'un savoir sur ce qui est par des descriptions (**chapitre 1**).

La distinction entre langage prescriptif et langage descriptif était une façon séduisante de présenter les choses, mais nous avons montré qu'elle reposait sur une pétition de principe surdéterminant l'application de deux analyses sémantiques différentes. Il s'agissait pour les épistémologues de dissocier le droit et l'éventuelle science du droit, donc il leur fallait distinguer logiquement le langage juridique du langage scientifique. Le référentialisme, qui réduit la signification à la relation de représentation entre les mots et les choses, aura simplement été préféré quand il fallait mettre en valeur la fonction descriptive du langage scientifique. L'inférentialisme, qui insiste sur le rôle expressif et argumentatif du langage, aura été préféré lorsqu'il fallait reconnaître la fonction normative du langage juridique. En généralisant la sémantique inférentialiste comme explication standard de ce qui fait d'activités humaines des pratiques conceptuelles, nous avons montré que le recours au schéma conditions/conséquences, censé révéler la spécificité du langage juridique, est au contraire une bonne manière de reconnaître que la pratique juridique est une pratique conceptuelle, sans autre spécification. Certes, l'analyse inférentialiste met bien en valeur la façon dont la pratique juridique est en relation étroite avec des règles, mais elle y parvient parce que la pratique juridique est une pratique conceptuelle, et non parce qu'elle est juridique. Ainsi, la pratique juridique partage cette dimension normative avec toutes les pratiques conceptuelles, et donc aussi avec les pratiques scientifiques. Dans ces conditions, la distinction apparemment claire et évidente instituée par l'épistémologie analytique entre langage prescriptif et langage descriptif se révèle bien trop fragile pour constituer une justification solide à la séparation étanche entre le droit et la science du droit (**chapitre 2**).

La sémantique ne peut pas nous garantir une dissociation effective et contrôlée du droit et de la science du droit, ce que nous témoigne le fait que les avocats, les juges et les législateurs peuvent employer les concepts conçus par ceux qui pensaient, par leur emploi, décrire le droit positif. En revanche, elle nous incite à considérer le droit comme une pratique épistémique, sans toutefois qu'on ait à se prononcer en faveur de sa scientificité. C'est l'idée,

semble-t-il assez raisonnable, qu'il est possible de savoir, d'être connaisseur, d'exercer des compétences intellectuelles sans que l'on doive nécessairement prétendre à la scientificité. Alors le droit peut être conçu comme une discipline épistémique sans qu'il n'ait besoin d'être une discipline scientifique. Dans cette perspective cognitiviste mais non scientifique, la question de la séparation du droit et de la science du droit a pu être reposée : devons-nous supposer un système conceptuel relativement autonome satisfaisant à l'idée d'une science du droit pour comprendre la pratique des chercheurs en droit (interprétation dualiste), ou pouvons-nous nous contenter de saisir le droit comme une discipline épistémique (interprétation moniste) ? Si l'on s'intéresse à la recherche juridique telle qu'elle s'exerce au quotidien, on remarque qu'elle fait intensivement usage d'expressions juridiques : elle détermine leur signification, les applique, conteste certains de leurs usages, en justifie d'autres, en propose de nouveaux, *etc.* Nous n'avons pas besoin de supposer l'existence d'une science du droit pour comprendre l'activité de la doctrine juridique. Mais si nous exigeons une science du droit, alors la doctrine juridique devra être considérée comme une infraction massive à la distinction entre le droit et la science du droit. Nous devons donc retourner auprès de théoriciens de la science du droit pour savoir si la compréhension de leur méthodologie pour la recherche scientifique en droit demandait nécessairement une interprétation dualiste. Nous avons montré qu'une interprétation moniste des méthodologies de Kelsen et de Ross était possible. Dans cette perspective, Kelsen pose les fondements pour une activité dogmatique de reformulation, d'abstraction et de systématisation de ce qu'affirment les autorités formellement habilitées à décider. Sa méthodologie promet des travaux particulièrement arides et porteurs d'aucune nouveauté, mais Kelsen lui-même l'aura dépassé en défendant notamment l'idée, révolutionnaire pour le droit constitutionnel, d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois par une juridiction spécialisée. Ross, quant à lui, propose aux chercheurs en droit de prédire les décisions de justice en combinant la maîtrise et l'usage du langage juridique d'une part, et l'analyse psychosociologique de la pratique juridictionnelle d'autre part. De la sorte, Ross pose les fondements pour une conception interdisciplinaire de la recherche en droit. En concevant le droit comme une discipline, nous pouvons dire que l'interdisciplinarité rossienne conjugue le droit et les sciences sociales, non pas la science du droit et les sciences sociales (**chapitre 3**).

La logique du couple sujet/objet de la philosophie scientifique était-elle vraiment la seule manière de concevoir une activité épistémique telle que la recherche en droit ? En posant cette question, nous admettions qu'il puisse en être différemment. Nous admettions l'éventualité que le caractère scientifique de la recherche en droit ne soit plus ni l'enjeu, ni le présupposé de l'épistémologie juridique. La philosophie herméneutique s'est révélée être une alternative prometteuse à la philosophie scientifique car, précisément, elle substitue au rapport sujet/objet, modèle de l'observation, le rapport sujet/sujet, modèle de la discussion. L'histoire du tournant herméneutique de la philosophie de la connaissance nous a aidés à

comprendre les potentialités de cette transformation. Avec Hamann, la centralité reconnue au langage dans l'ordre de la raison a mis en évidence l'historicité et la socialité de la pensée, lesquelles avaient été abstraites, par le schématisme kantien de la raison pure, du face-à-face entre le sujet et l'objet. Nous pensons dans notre langage, disait Hamann, et nous ne pouvons pas en sortir. Le langage dans lequel nous sommes jetés est une condition quasi transcendante de notre pensée. Mais celui-ci, a précisé Humboldt, est aussi une activité qui s'exerce par la parole. Si le langage est toujours-déjà-là, il est aussi toujours-en-train-de-se-faire. Il est une activité vivante, dynamique et instituante, qui s'anime par l'usage que nous en faisons en parlant avec ceux que nous considérons comme nos semblables. Ainsi, la discussion devient l'instance centrale dans laquelle nos connaissances se constituent, par l'adresse et la réplique, par l'échange et la confrontation des convictions. Gadamer a repris le schéma sujet/sujet de la discussion pour restituer, aux côtés de l'expérience empirique, une légitimité philosophique à l'expérience herméneutique à laquelle nous procédons lorsque nous sommes confrontés à du sens, comme par exemple lorsque nous interprétons un texte. Pour lui, l'interprétation doit être conçue d'après le modèle de la discussion (sujet/sujet), et non d'après celui de l'observation (sujet/objet), sans quoi nous passons à côté de l'intérêt des pratiques interprétatives : l'entente. Lorsque nous interprétons un texte, disait-il, nous parlons de la même chose que lui, nous échangeons des arguments et nous nous inscrivons avec lui dans la logique des questions et des réponses (**chapitre 4**).

Munis de cette autre grammaire philosophique, nous avons envisagé l'hypothèse que le droit ne soit pas un objet à observer par les chercheurs en droit (point de vue externe), mais une discussion à laquelle il leur importe de participer (point de vue interne). De cette perspective, le soupçon épistémologique a changé de cible. Les prétentions à la scientificité sur le droit sont devenues suspectes de dissimuler un engagement dans la discussion juridique, faisant passer des expériences herméneutiques pour des expériences empiriques. En annonçant qu'on s'en tient à décrire ou à prédire ce qu'est ou ce que sera l'objet-droit, on maquille l'expression de propositions sur la façon dont le juge doit traiter les cas (conclusions en droit), c'est-à-dire une participation à la discussion juridique. Ce n'est pas vraiment dire que la description et la prédiction du droit positif sont structurellement impossibles, mais simplement qu'elles constituent *aussi* des engagements dans la discussion juridique, dans la mesure où elles conduisent à la conception d'arguments juridiques susceptibles d'être employés par les avocats et les juges pour traiter les cas. Ce que l'on dit, dans la grammaire de la philosophie scientifique, être description ou prédiction de l'objet-droit est, dans la grammaire de la philosophie herméneutique, une participation à la discussion juridique (**chapitre 5**).

Deux attitudes sont possibles devant l'inéluctable confusion du droit et de la « science du droit ». La première, dont nous avons remarqué quelques occurrences récentes, ressemble

à une fuite en avant. Elle consiste à dénoncer comme l'indice d'un manquement à la déontologie scientifique tout ce qui est susceptible d'exercer une influence discursive sur la façon dont les juges administrent la justice. Très vite, cette attitude conduit à réprimer beaucoup de ce qui vaut la peine d'être partagé par les chercheurs en droit. Elle les incite à dissimuler leurs convictions et leurs ambitions pour le droit, alors même que, pensons-nous, celles-ci les conduisent souvent à écrire et à publier. Dans ces conditions, la déontologie positiviste, sous le noble prétexte de la scientificité, peut constituer une atteinte préoccupante à la liberté d'expression. En déterminant la nature de l'objet-droit par le seul critère de l'autorité formelle, l'application forcée de l'esprit scientifique à la recherche en droit périlicite en une sanctuarisation de la discussion juridique, où seules les autorités pourraient, en décidant, exprimer leurs convictions sur la façon dont la justice doit être administrée dans nos tribunaux. L'épistémologie juridique, pourtant d'inspiration kantienne, réalise alors le renversement du *sapere aude* des Lumières (aie le courage de te servir de ton propre entendement) en un taisons-nous glaçant et autoritaire. La seconde attitude, qui nous semble la plus raisonnable, est celle d'une acceptation résolue de l'engagement herméneutique des chercheurs en droit dans les discussions juridiques, même et peut-être surtout celles les plus controversées. Il nous a semblé essentiel de rappeler que la liberté d'expression est au fondement de nos sociétés démocratiques, et que la liberté d'expression des chercheurs en droit pourrait bien constituer un principe fondamental pour une épistémologie juridique démocratique. Celle-ci, renonçant à la perspective d'une véritable science du droit, accueille dans une structure de base l'expression de toutes les convictions et la construction de toutes les méthodologies, alors comprises comme la cristallisation d'amples projets de droit. Dans ce cadre, toute querelle sur la méthode est encore une querelle sur le fond, c'est-à-dire sur les moyens et sur les fins de l'administration de la justice. Une telle épistémologie reconnaît les chercheurs comme des juristes et des citoyens légitimes, en leur propre nom, à participer à la formation du droit. Ils ne sont pas plus légitimes que les autres citoyens à exprimer leurs convictions sur la bonne administration de la justice mais ils sont, en tant que juristes, les plus capables d'entre tous. Et chaque citoyen, s'il s'en donne la peine et si l'on suppose un libre accès à la formation juridique, peut devenir juriste et s'engager à son tour dans la discussion juridique. Discuter du bien-fondé des raisons et des décisions du juge, s'insurger contre l'une d'entre elles, lui proposer une autre solution, interroger la voie sur laquelle le législateur l'oblige à s'engager, suggérer des modifications législatives, militer pour des mouvements jurisprudentiels sont des opérations épistémiques constitutives de la recherche en droit et de son intérêt social. Elles sont des contributions positives à la communauté, qu'on les partage ou qu'on s'y oppose (**Chapitre 6**).

**211. L'honneur de la recherche en droit.** - Nous comprenons que les épistémologues soient soucieux du bon ordre, de l'intégrité et de l'honneur de la recherche en droit, et qu'ils puissent craindre que la liberté de chacun de ses membres à exprimer ses convictions pour le droit conduise à un indescriptible chaos. Si tout est permis, redoute le pessimiste, vient le tumulte duquel plus rien ne vaut. On apaisera peut-être ses inquiétudes en remarquant que, dans une large mesure, la recherche en droit fonctionne déjà ainsi, qu'elle est déjà tumulte ; que, de cette effervescence, elle s'organise déjà par le recoupement des convictions qui s'affrontent dans le combat infini pour le droit ; que, sans aucune autorisation épistémologique, le *de lege ferenda* surgit fréquemment dans les revues juridiques, défiant parfois les textes au sommet de la hiérarchie des normes. C'est que chacun, espérons-le, publie pour défendre ce qu'il lui semble être juste. Chacun, sans doute, s'inquiète de la bonne administration de la justice et, à son humble mesure, tente d'y contribuer. Dans ce contexte, nous n'avons pas appelé à une quelconque libération de la parole, mais à la reconnaissance et au respect des forces de proposition non habilitées à la décision administrative. Ainsi, il n'était pas question de réclamer une réorganisation de la recherche en droit, ni de proposer pour elle une nouvelle méthode ; nous avons seulement tenté de contribuer à une reconstruction normative des principes implicites sur lesquels elle se poursuit effectivement et sans lesquels elle sombrerait, faute d'avoir su comment sublimer son énergie créatrice.

La connaissance scientifique ne détient pas le monopole de ce qui mérite d'être dit. Les chercheurs en droit n'ont pas besoin de prétendre à la scientificité pour justifier ce qu'ils font. Ils n'ont pas à simuler l'observation passive d'un objet, dont la formation et les évolutions leur seraient étrangères, pour défendre leur respectabilité académique. Suggérons le contraire, en reprenant à Rorty ce qu'il affirmait à titre général : « notre honneur réside dans la contribution que nous apportons à des projets humains faillibles et transitoires, et non dans notre obéissance à des contraintes permanentes étrangères à l'homme »<sup>1123</sup>.

---

<sup>1123</sup> R. Rorty, *Conséquences du pragmatisme* (1972-1980), trad. de l'anglais par J. Cometti, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1993, pp. 307-308. Cité dans ce sens par O. Jouanjan, « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXVIII, n° 119, 2000, p. 77.





## Bibliographie

### Monographies, ouvrages collectifs, thèses :

Aarnio (A.), *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, D. Reidel Publishing Company, coll. Law and Philosophy Library, 1987.

Abrams (M. H.), *The Mirror and the Lamp. Romantic Theory and the Critical Tradition* (1953), Oxford University Press, 2010.

Adler (A.), *Le sens de la vie. Étude de psychologie individuelle* (1933), trad. de l'allemand par H. Schaffer, Payot, coll. Petite bibliothèque, 2002.

Adler (Z.), *Rape on Trial*, Routledge and Kegan Paul, 1987.

Alexy (R.), *A Theory of Constitutional Rights* (1985), trad. de l'allemand par J. Rivers, Oxford University Press, 2010.

Alexy (R.), *A Theory of Legal argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (1988), trad. de l'allemand par R. Adler et N. MacCormick, Oxford University Press, 2011.

Amsselek (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1964.

Amsselek (P.), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. Le temps du droit, 2012.

Apel (K. O.), *Sur le problème d'une fondation rationnelle de l'éthique à l'âge de la science. L'a priori de la communauté communicationnelle et les fondements de l'éthique* (1967), trad. de l'allemand par R. Lellouche et I. Mittmann, Presses Universitaires de Lille, 1987.

Apel (K.-O.), *Transformation de la philosophie*, t. 1 et 2 (1973), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme, D. Trierweiler et Th. Simonelli, Cerf, coll. Passages, 2006 et 2010.

Apel (K. O.), *Discussion et responsabilité* (1988), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme, M. Charrière et R. Rochlitz, Cerf, coll. Passages, 1996.

Arabeyre (P.), Halpérin (J.-L.) et Krynen (J.) (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français. XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, PUF, coll. Quadrige, 2015.

Arendt (H.), *Le système totalitaire, t. 3. Les origines du totalitarisme* (1951), trad. de l'anglais par J.-L. Bourget, Seuil, coll. Points Essais, 2005.

Arendt (H.), *Condition de l'homme moderne* (1958), trad. de l'anglais par G. Fradier, Calmann-Lévy, coll. Agora-Pocket, 1961.

Arendt (H.), *Qu'est-ce que la politique ?*, préface et trad. de l'anglais par C. Widmaier, Seuil, coll. Points Essais, 2014.

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1994.

Aristote, *Organon, I. Catégories*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2000.

Aristote, *Organon, IV. Seconds analytiques*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2000.

Aristote, *Métaphysique*, trad. du grec ancien par J. Tricot, Flammarion, coll. GF, 2015.

Arnaud (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1969.

Atias (Ch.), *Théorie contre arbitraire*, PUF, coll. Les voies du droit, 1987.

Atias (Ch.), *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2002.

Atias (Ch.), *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, coll. Le carré droit, 2<sup>e</sup> édition, 2014.

Atias (Ch.), *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2015.

Atias (Ch.) et Le Moigne (J.-L.) (dir.), *Présence de Gaston Bachelard. Épistémologie pour une anthropologie complète*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, coll. Cheminements interdisciplinaires, 1988.

Aubenque (P.), *La prudence chez Aristote*, PUF, coll. Quadrige, 6<sup>e</sup> édition, 2014.

Aubry (Ch.) et Rau (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, LGDJ, 1873.

Auby (J.-M.), Bon (P.), Auby (J.-B.), Terneyre (Ph.), *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Précis, 6<sup>e</sup> édition, 2016.

Audit (B.) et D'Avout (L.), *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus droit privé, 7<sup>e</sup> édition, 2013.

Austin (J. L.), *Quand dire c'est faire* (1955), trad. de l'anglais par G. Lane, Seuil, coll. Points Essais, 1991.

Ayer (A. J.), *Langage, vérité et logique* (1936), trad. de l'anglais par J. Ohana, Flammarion, coll. Bibliothèque de philosophie scientifique, 1956.

Ayer (A. J.), *Logical positivism*, Free Press, 1959.

Bacon (F.), *Novum Organum* (1620), trad. du latin par M. Malherbe et J.-M. Pousseur, PUF, Epiméthée, 1986.

Bagla (L.), *Sociologie des organisations*, La découverte, 2003.

Baker (G. P.) et Hacker (P. M. S.), *Skepticism, Rules and Language*, éd. B. Blackwell, 1984.

Bange (P.), *La philosophie du langage de Wilhelm von Humboldt (1767-1835)*, L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2014.

Barnett (R.), *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, 2003.

Beiser (F. C.), *The Fate of Reason, German philosophy from Kant to Fichte*, Harvard University Press, 1987.

Benmakhlouf (A.), *Bertrand Russell. L'atomisme logique*, PUF, coll. Philosophies, 1998.

Benveniste (É.), *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, coll. Tel, 1966.

Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis Droit, 2<sup>e</sup> édition, 2016.

Bergman (H.), *Droit et révolution* (1983), trad. de l'anglais par R. Audouin, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002.

Berkeley (G.), *De motu* (1738), in A. A. Luce et T. E. Jessop (dir.), *The Works of George Berkeley, Bishop of Cloyne*. éd. Thomas Nelson, 1948-1957.

Berlin (I.), *À contre-courant. Essai sur l'histoire des idées*, trad. de l'anglais par A. Berelowitch, Albin Michel, coll. Les grandes traductions, 1988

Berlin (I.), *Le mage du nord, critique des Lumières. J. G. Hamann, 1730-1788* (1993), trad. de l'anglais par M. Martin, PUF, coll. Perspectives germaniques, 1997.

Bernard (Cl.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865), Flammarion, coll. Champs classiques, 2013.

Betz (J. R.), *After Enlightenment. The Post-Secular Vision of J. G. Hamann*, Wiley-Blackwell, coll. Illuminations, Theory and Religion, 2009.

Blumann (Cl.) et Dubouis (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 6<sup>e</sup> édition, 2016.

Blumenberg (H.), *Le Rire de la servante de Thrace. Une histoire des origines de la théorie* (1987), trad. de l'allemand par L. Cassagnau, L'arche, 2000.

Bobbio (N.), *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998.

Bodin (J.), *Les six livres de la République* (1596), Arthème Fayard, 1986.

Boraud (Th.), *Matière à décision*, CNRS, coll. Biblis, 2017.

Boström (Ch.), *Grundlinier till filosofiska statsläran propedeutik*, éd. Adolf Johnsons, 1901.

Bourdieu (P.), *Réponses*, Seuil, 1992.

Bourg (D.) (dir.), *Pour une 6<sup>e</sup> République écologique*, Odile Jacob, coll. Sciences humaines, 2011.

Bouriau (Ch.), *Le « Comme si ». Kant, Vaihinger et le fictionalisme*, Cerf, coll. Passages, 2013.

Bouriau (Ch.), *Kelsen, lecteur de Vaihinger. Présentation et traduction de deux articles de Kelsen sur les fictions du droit*, École normale supérieure, coll. La croisée des chemins, 2013.

Bouveresse (J.), *Études de philosophie du langage*, Collège de France, Langage et connaissance, 2013, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://books.openedition.org/cdf/1966>

Bouveresse (J.), *La force de la règle. Wittgenstein et l'invention de la nécessité*, Les éditions de Minuit, 1987.

Brandom (R.), *Rendre explicite I. Raisonnement, représentation et engagement discursif* (1994), trad. de l'anglais par I. Thomas-Fogiel (dir.), Cerf, coll. Passages, 2010.

Brandom (R.), *L'articulation des raisons. Introduction à l'inférentialisme* (2000), trad. de l'anglais par Cl. Tiercelin et J.-P. Cometti, Cerf, coll. Passages, 2009.

Brennan (J.), *Against Democracy*, Princeton University Press, 2016.

Brisson (L.), « Les Socratiques », in M. Canto-Sperber, *Philosophie grecque*, PUF, coll. Quadrige, 2017.

Brondel (S.), Foulquier (N.) et Heuschling (L.) (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

Brook (R. J.), *Berkeley's Philosophy of science*, éd. Martinus Nijhoff, coll. Archives internationales d'histoire des idées, 1973.

Buber (M.), *Je et tu* (1923), trad. de l'allemand par G. Blanquis, préface de G. Bachelard, Aubier, coll. Philosophie, 2012.

Callejas (A.), *Le visa en cassation civile*, Aix-Marseille Université, thèse, 2017.

Callet (Cl.), *Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé. Contribution à une étude de la certitude en droit*, Aix-Marseille Université, thèse, 2015.

Canguilhem (G.), *La Formation du concept de réflexe aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles* (1955), Vrin, 1994.

Canguilhem (G.), *Études d'histoire et de philosophie des sciences concernant les vivants et la vie* (1968), Vrin, 1990.

Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République* (1996), Flammarion, 2006.

Cassirer (E.), *Éloge de la métaphysique. Axel Hägerström. Une étude de la philosophie suédoise contemporaine* (1939), trad. de l'allemand par J. Gaubert, Cerf, coll. Passages, 1996.

Castoriadis (C.), *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, coll. Points Essais, 1975.

Castoriadis (C.), *Les carrefours du labyrinthe*, t. 1, Seuil, coll. Point Essais, 1978.

Castoriadis (C.), *Fait et à faire. Les carrefours du labyrinthe*, t. 5. (1997), Seuil, coll. Points Essais, 2008.

Champeil-Desplats (V.), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014.

Charrier (J.-P.), *Scientisme et occident. Essai d'épistémologie critique*, L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2012.

Chérot (J.-Y.) (dir.), *La construction de l'accord et du désaccord en droit. Méthodes et épistémologie du désaccord*, Cahiers de méthodologie juridique, Revue de la recherche en droit, n° 30, 2016-5.

Christin (O.) (dir.), *Dictionnaire des concepts nomades en sciences humaines*, Métailié, 2010.

Cicéron, *Traité des lois* (52 av. J.-C.), in *Œuvres complètes de Cicéron*, trad. du latin par M. Nisard, Firmin Didot frères, fils et Cie, 1874.

Cohen (J.) et Rogers (J.) (dir.), *On Democracy*, Penguin, 1983.

Commaille (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, coll. Folio essais, 2015.

Comte (A.), *Philosophie des sciences*, textes réunis par J. Grange, Gallimard, coll. Tel, 1996.

Cooter (R.) et Ulen (Th.), *Law and Economics*, Addison Wesley Longman, 6<sup>e</sup> édition, 2012.

Corbin (H.), *Hamann, philosophe du luthéranisme*, Berg International, coll. l'Île Verte, 1985.

Cornu (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> édition, 2005.

Cornu (G.) et l'Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11<sup>e</sup> édition, 2016.

Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> édition. LexisNexis, coll. Manuel, 2006.

CURAPP (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

De Saint-Exupéry (A.), *Le Petit Prince* (1943), Gallimard, coll. Hors série, 1999.

Defferrard (F.), *Le droit selon Star Trek*, Mare & Martin, coll. Libre droit, 2016.

Deleuze (G.) et Guattari (F.), *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Minuit, coll. Critique, 1991

Dennett (D.), *La diversité des esprits. Une approche de la conscience*, trad. de l'anglais par A. Abensour, Hachette, coll. Sciences, 1998.

Descola (Ph.), *Par-delà nature et culture* (2005), Folio, coll. Essais, 2015.

Dewey (J.), *La quête de certitude. Une étude de la relation entre connaissance et action* (1929), trad. de l'anglais par P. Savidan, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2014.

Dewey (J.), *Écrits politiques*, trad. de l'anglais par J.-P. Cometti et J. Zask, Gallimard-NRF, coll. Bibliothèque de philosophie, 2018.

Dewitte (J.), *Le pouvoir de la langue et la liberté de l'esprit. Essai sur la résistance au langage totalitaire*, Michalon, 2007.

Dick (Ph. K.), *Les chaînes de l'avenir (The World Jones Made, 1956)*, Le livre de poche, coll. S.-F., 1988.

Dickson (J.), *Evaluation and Legal Theory*, Hart publishing, 2001.

Dilthey (W.), Critique de la raison historique. *Introduction aux sciences de l'esprit*, trad. de l'allemand par S. Mesure, Cerf, 1992.

Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999.

Dumont (J.-P.) (dir.), *Les écoles présocratiques*, Gallimard, 1991.

Dworkin (R.), *Prendre les droits au sérieux* (1977), trad. de l'anglais par M.-J. Rossignol, F. Limare et F. Michaut, PUF, coll. Léviathan, 1995.

Dworkin (R.), *L'empire du droit* (1986), trad. de l'anglais par E. Soubrenie, PUF, coll. Recherches politiques, 1994.

Dworkin (R.), *Is Democracy Possible Here ? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006.

Dworkin (R.), *Justice pour les hérissons* (2011), trad. de l'anglais par J. E. Jackson, Labor et fides, coll. Le champ éthique, 2015.

Dummett (M.), *Frege. Philosophy of Language*, Harvard University Press, 2<sup>e</sup> édition, 1993.

Engisch (K.), *Einführung in das juristische Denken*, W. Kohlhammer, 1956.

Estlund (D.), *L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique* (2007), trad. de l'anglais par Y. Meynard, Hermann, coll. L'avocat du diable, 2011.

Estrich (S.), *Real Rape*, Harvard University Press, 1987.

Faralli (C.), *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, Giuffrè, 1982.

Ferracci (A.), *Les combinaisons de droit réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, Aix-Marseille Université, thèse, 2018.

Feyerabend (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance* (1975), trad. de l'anglais par B. Jurdant et A. Schlumberger, Seuil, coll. Points Sciences, 1979.

Feyerabend (P.), *La tyrannie de la science* (1992), trad. de l'anglais par B. Jurdant, Seuil, coll. Science ouverte, 2014.

Finnis (J.), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2011.

Fish (S.), *Quand lire c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives* (1982), Les Prairies ordinaires, 2007.

Fleury (C.), *Les irremplaçables*, Folio, coll. Essais, 2015.

Fontaine (L.), *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, coll. Forum, 2012.

Foucault (M.), *L'archéologie du savoir*, Gallimard, coll. Tel, 1969.

Frege (G.), *Écrits logiques et philosophiques*, trad. de l'allemand par Cl. Imbert, Seuil, coll. Point Essais, 1994.

Frier (P.-L.) et Petit (J.), *Droit administratif*, LGDJ, coll. Précis Domat, 11<sup>e</sup> édition, 2017.

Gadamer (H.-G.), *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (1960), trad. de l'allemand par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1996.

Gadamer (H.-G.), *La philosophie herméneutique*, trad. de l'allemand par J. Grondin, PUF, coll. Epiméthée, 1996.

Gadamer (H. G.), *Esquisses herméneutiques. Essais et conférences*, trad. de l'allemand de J. Grondin, Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2004.

Gallie (W. B.), *Philosophy and the Historical Understanding*, Schocken Books, 1964.

Gény (F.), *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3 (1921), Wentworth Press, 2016.

Gény (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2016.

Goffman (E.), *La mise en scène de la vie quotidienne. La présentation de soi* (1959), trad. de l'anglais par A. Accardo, Minuit, coll. Le sens commun, 1973.

Goltzberg (S.), *L'argumentation juridique*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> édition, 2017.

Goyard-Fabre (S.), *La textualité du droit. Étude formelle et enquête transcendantale*, Cerf, coll. Humanités, 2012.

Grondin (J.), *Introduction à Hans-Georg Gadamer*, Cerf, coll. La nuit surveillée, 1999.

Grondin (J.), *L'herméneutique*, PUF, Que sais-je ?, 2017.

Guinchard (S.) (dir.), *Droit processuel*, Dalloz, Précis, 9<sup>e</sup> édition, 2017.

Habermas (J.), *La technique et la science comme « idéologie »* (1968), trad. de l'allemand par J. R. Ladmiral, Gallimard, coll. Tel, 1973.

Habermas (J.), *Connaissance et intérêt* (1968), trad. de l'allemand par G. Cléménçon, Gallimard, coll. Tel, 1991.

Habermas (J.), *Morale et communication* (1983), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme, Champs, coll. Essais, 1999.

Habermas (J.), *La pensée postmétaphysique. Essais philosophiques* (1988), trad. de l'allemand par R. Rochlitz, Armand Colin, coll. Théories, 1997.

Habermas (J.), *Droit et Démocratie. Entre faits et normes* (1992), trad. de l'allemand par Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Gallimard, coll. NRF essais, 1997.

Hägerström (A.), *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (1911), trad. du suédois par C. D. Broad, Almqvist & Wiksell, 1953.

Hägerström (A.), *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, trad. du suédois à l'allemand par l'auteur avec l'aide de K. Flex, Almqvist & Wiksell, vol. 1, 1927.

Hägerström (A.), *Die philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen* (Autoportrait de la philosophie contemporaine), éd. Raymund Schmidt, 1929.

Hamann (J. G.), *Aesthetica in nuce. Métacritique du purisme de la raison pure et autres textes*, trad. de l'allemand par R. Deygout, Vrin, coll. Essais d'art et de philosophie, 2001.

Hamann (J. G.), *Sämtliche Werke*, Herder, coll. Historical-Critical, 1949-1957.

Harari (Y. N.), *Sapiens : une brève histoire de l'humanité* (2011), trad. de l'anglais par P. E. Dautat, Albin Michel, coll. Essais, 2015.

Hart (H. L. A.), *Le concept de droit* (1961), 2<sup>e</sup> édition augmentée, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 2005.

Hart (H. L. A.), *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, 1983.

Hauriou (M.), *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, 4<sup>e</sup> édition, éd. L. Larose, 1901.

Hayek (F.), *Scientisme et science sociales* (1952), trad. de l'allemand par R. Barre, Plon, coll. Agora, 1953.

Hayek (F.), *La Constitution de la liberté*, traduit de l'anglais par R. Audouin et J. Garello avec la collaboration de G. Millière, Litec, 1994.

Hegel (G. W. F.), *Phénoménologie de l'Esprit* (1807), trad. J. Hyppolite, t. I, Aubier Montaigne, 1941.

Hegel (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit* (1820), trad. de l'allemand par J. - F. Kervégan, PUF, Quadrige, 1998.

Hegel (G. W. F.), *La société civile bourgeoise*, trad. de l'allemand par J.-P. Lefebvre, éd. François Maspéro, coll. Théorie : textes, 1975.

Heidegger (M.), *Être et temps* (1927), trad. de l'allemand par F. Veizin, Gallimard NRF, coll. Bibliothèque de philosophie, 1986.

Herder (J. G.), *Idées sur la philosophie de l'humanité* (1827), trad. de l'allemand par E. Quinet, Presses Pocket, coll. Agora, 1991.

Herrera (C. M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997.

Hobbes (Th.), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (1651), t. 2 : *De la République*, trad. de l'anglais par Ph. Folliot, UCAQ, 2004.

Hobbes (Th.), *Dialogue entre un philosophe et un spécialiste des common laws d'Angleterre* (1681), trad. Ph. Folliot, UQAC, 2009.

Honneth (A.), *La lutte pour la reconnaissance* (1992), trad. de l'allemand par P. Rusch, Folio, Essais, 2015.

Honneth (A.), *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique* (2011), trad. de l'allemand par F. Joly et P. Rusch, Gallimard-NRF, coll. Essais, 2015.

Horkheimer (M.) et Adorno (Th. W.), *La dialectique de la raison* (1944), trad. de l'allemand par E. Kaufholz, Gallimard, coll. Tel, 1974.

Hume (D.), *Traité de la nature humaine*, (1740), trad. de l'anglais par Ph. Folliot, UQAC, 2007.

Husserl (E.), *Méditations cartésiennes et les Conférences de Paris*, trad. de l'allemand par M. de Launay, PUF, coll. Epiméthée, 1994.

Ihering (R.), *Le combat pour le droit*, trad. de l'allemand par A. F. Meydieu, éd. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

Jestaz (Ph.) et Jamin (Ch.), *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004.

Kant (E.), *Critique de la raison pure* (1787), trad. de l'allemand par A. J.-L. Delamarre, F. Marty et J. Barni, Gallimard, coll. Folio Essais, 1980.

Kant (E.), *Logique* (1800), trad. de l'allemand. par L. Guillermit, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1997.

Kant (E.), *Correspondances*, trad. de l'allemand par N. Aumonier, M.-Ch. Challiol, M. Halimi, M. de Launay, M. Marcuzzi et V. Séroussi, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 1991.

Kelsen (H.), *La démocratie, sa nature, sa valeur* (1920), trad. de l'allemand par Ch. Eisenmann, Dalloz-Sirey, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004.

Kelsen (H.), *Österreichisches Staatsrecht*, 1923.

Kelsen (H.), *Qui doit être le gardien de la Constitution* (1931), trad. de l'allemand par S. Baume, éd. Michel Houdiard, coll. Les Sens du Droit, 2006.

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> édition (1962), trad. de l'allemand par Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999.

Kelsen (H.), *General Theory of Law and State* (1945), trad. de l'allemand en anglais par A. Wedberg, Lawbook Exchange Ltd., 2011.

Kelsen (H.), *Qu'est-ce que la justice ? suivi de Droit et morale*, trad. de l'allemand par P. Le More et J. Plourde, éd. Markus Haller, 2012.

Kelsen (H.), *Théorie générale des normes* (1976), trad. de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. Léviathan, 1996.

Kirat (T.), *Économie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012.

Klemperer (V.), *LTI. La langue du III<sup>e</sup> Reich* (1947), trad. de l'allemand par E. Guillot, Agora, coll. Pocket, 2003.

Koyré (A.), *Études d'histoire de la pensée scientifique* (1966), Gallimard, coll. Tel, 1973.

Koyré (A.), *Du monde clos à l'univers infini* (1957), Gallimard, coll. Tel, 1973.

Kuhn (Th. S.), *La structure des révolutions scientifiques* (1962), trad. de l'anglais par L. Meyer, Flammarion, coll. Champs Sciences, 2008.

Labbens (J.), *Sociologie de la pauvreté. Le tiers-monde et le quart-monde*. Gallimard, 1978.

Lachière (Ch.), *Droit des contrats*, Ellipses, coll. Mises au point, 4<sup>e</sup> édition, 2016.

Laferrrière (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1896.

Lafont (Ch.), *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy* (1993), trad. de l'espagnol par J. Medina, The MIT Press, 1999.

Lagroye (J.), François (B.) et Sawicki (F.), *Sociologie politique*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2002.

Lakatos (I.), *Histoire et méthodologie des sciences : programme de recherche et reconstruction rationnelle* (1978), trad. de l'anglais par L. Giard, C. Malamoud et J.-F. Spitz, PUF, coll. Bibliothèque d'histoire des sciences, 1994.

Lambert (É.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, rééd. préf. par F. Moderne, Dalloz, 2005.

Le Corre-Chantecaille (M.), « *Penser avec... et contre...* » *La pragmatique transcendantale de Karl-Otto Apel : une théorie et une pratique de l'intersubjectivité*, Maison des Sciences de l'Homme, coll. Philia, 2012.

Lebeau (M.), *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, Université Panthéon-Assas, thèse, 2007.

Leclercq (B.), *Introduction à la philosophie analytique. La logique comme méthode*, De Boeck, coll. Le point philosophique, 2008.

Lévy-Bruhl (H.), *Sociologie du droit*, PUF, 1981.

Libchaber (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, coll. Hors collection, 2013.

Lovelock (J.), *La Terre est un être vivant. L'hypothèse Gaïa* (1979), trad. de l'anglais par P. Couturiau et Ch. Rollinat, Flammarion, coll. Champs Sciences, 1999.

Lundstedt (V.), *Superstition and Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence*, Longmans, 1925.

Lundstedt (V.), *Den historiska rättspositivismen. Med särskild hänsyn till Bergbohms lära* (Le positivisme juridique historique, avec un *focus* sur l'enseignement de Bergbom), Almqvist & Wiksell, 1929.

Lundstedt (V.), *Legal Thinking Revised*, Almqvist & Wiksell, 1956.

Mackaay (E.) et Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

Mac Mahon (D.), *Enemies of the Enlightenment, the French Counter-Enlightenment and the Making of Modernity*, Oxford University Press, 2001.

Malaurie (Ph.), *Anthologie de la pensée juridique*, éd. Cujas, 1996.

Mastor (W.), *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, préface de Michel Troper, Presses Universitaires Aix-Marseille, coll. Droit public positif, 2005.

Marx (K.) et Engels (F.), *L'idéologie allemande* (1845), trad. de l'allemand par H. Hildenbrand, Nathan, coll. Les intégrales de philo, 2005.

Marzal Yetano (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, thèse, 2013.

Matoesian (G. M.), *Reproducing Rape. Domination through Talk in the Courtroom*, The University of Chicago Press, 1993.

Mayali (L.) (dir.), *Le façonnage juridique du marché des religions aux États-Unis*, Mille et une nuits, coll. Les quarante piliers, 2002.

Mead (G. H.), *L'esprit, le soi et la société* (1934), trad. de l'anglais par D. Céfaï et L. Quéré, PUF, coll. Le lien social, 2006.

Mercury (J.-Y.), *L'expressivité chez Merleau-Ponty. Du corps à la peinture*, L'Harmattan, coll. Ouverture philosophique, 2000.

Merleau-Ponty (M.), *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, 1945.

Merleau-Ponty (M.), *La prose du monde* (1969), Gallimard, coll. Tel, 1992.

Merleau-Ponty (M.), *Le monde sensible et le monde de l'expression* (1953), Metispresses, coll. Champ contre champ, 2011.

Metall (R.), *Hans Kelsen, Leben und Werk*, éd. Franz Deuticke, 1969.

Meyer (M.), *Questionnement et historicité*, PUF, coll. Quadrige, 2000.

Meyer (M.), *De la problématologie. Philosophie, science et langage*, PUF, coll. Quadrige, 2008.

Monod (J.), *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Seuil, coll. Points Essais, 1970.

Moore (G. E.), *Principia ethica* (1903), trad. de l'anglais par M. G. Gouverneur, PUF, coll. Philosophie morale, 1998.

Morin (E.), *Le paradigme perdu : la nature humaine*, Seuil, 1973.

Morin (E.), *La connaissance de la connaissance*, Seuil, coll. Points Essais, 1986.

Morin (E.), *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, coll. Points Essais, 1996.

Mill (J. S.), *De la liberté* (1859), trad. de l'anglais par L. Langlet, UQAC, 2002.

Mindus (P.), *A Real Mind. The Life and Work of Axel Hägerstöm*, Springer, 2009.

Nadeau (R.), *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, PUF, coll. Premier cycle, 1999.

Neumann (J. von) et Morgenstern (O.), *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1953.

Neyret (L.), *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, thèse, 2006.

Nino (C. S.), *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica*, Universidad de Carabobo, 1979.

Nozick (R.), *Anarchie, État et utopie*, trad. de l'anglais par E. d'Auzac de Lamartine et P.- E. Dauzat, PUF, coll. Quadrige, 3<sup>e</sup> édition, 2016.

O'Flaherty (J. C.), *Johann Georg Hamann*, Twayne Publishers, Twayne's World Author Series: A Survey of the World's Literature, 1979.

Ogden (C. K.) et Richards (I. A.), *The Meaning of Meaning* (1923), Mariner Books, 1989.

Ogien (R.), *Les causes et les raisons. Philosophie analytique et sciences humaines*, éd. Jacqueline Chambon, coll. Rayon philo, 1995.

Olivecrona (K.), *De la Loi et de l'Etat. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit* (1940), trad. du suédois par P. B.-G. Jonason, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2011.

Oppetit (B.), *Droit et modernité*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998.

Orléan (A.) (dir.), *À quoi servent les économistes s'ils disent tous la même chose ? Manifeste pour une économie pluraliste*, Les liens qui libèrent, 2015.

Orwell (G.), *1984* (1949), trad. de l'anglais par A. Audiberti, Gallimard, Folio, 1972.

Ost (F.), *Shakespeare. La comédie de la loi*, Michalon, 2012.

Ost (F.), *À quoi sert le droit ?*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016.

Pascal (Bl.), *Pensées* (1662), éd. et trad. du latin par M. Le Guern, Gallimard, coll. Folio Classiques, 2004.

Perelman (Ch.) (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.

Pierre (N.), *Les indivisions complexes*, Nancy II, thèse, 2003.

Pinat (C.-S.), *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, Université de Montpellier, thèse, 2015.

Pisier-Kouchner (É.), *La théorie du service public dans l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

Platon, *Théétète*, trad. du grec ancien par M. Narcy, Flammarion, coll. GF, 1995.

Platon, *Politique*, trad. du grec ancien, par A. Petit, Hachette, 1996.

Platon, *Les lois*, trad. du grec ancien par L. Brisson et J.-F. Pradeau, PUF, coll. Quadrige, 2007.

Popper (K.), *Logique de la découverte scientifique* (1934), trad. de l'allemand par N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, Payot, coll. Bibliothèque scientifique, 2007.

Popper (K.), *La société ouverte et ses ennemis* (1962), t. 1., L'ascendant de Platon, Seuil, Points Essais, 1979.

Popper (K.), *À la recherche d'un monde meilleur*, trad. de l'allemand par J.-L. Evard, Les belles lettres, coll. Le goût des idées, 2011.

Posner (R.), *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 9<sup>e</sup> édition, 2014.

Proudhon (P.-J.), *Qu'est-ce que la propriété ?* (1840), Le livre de poche, coll. Classiques de la philosophie, 2009.

Quillien (J.), *L'anthropologie philosophique de G. de Humboldt*, Presses universitaires du Septentrion, coll. Philosophie, 1991.

Quine (W. V. O.), *Le mot et la chose*, trad. de l'anglais par J. Dopp et P. Gochet, Flammarion, coll. Champs, 1977.

Radbruch (G.), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946.

Rakove (J. N.), *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage, 1997.

Rawls (J.), *Théorie de la justice* (1971), trad. de l'anglais par C. Audard, Seuil, coll. Points Essais, 2009.

Rawls (J.), *Justice et démocratie*, trad. de l'anglais par C. Audard, P. de Lara, F. Piron et A. Tchoudnowsky, Seuil, coll. Points Essais, 1993.

Raz (J.), *Practical Reason and Norms* (1975), Oxford University Press, 2002.

Raz (J.), *The Concept of a Legal System*, 2<sup>e</sup> édition, Clarendon Press, 1980.

Raz (J.), *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2009.

Renan (E.), *L'avenir de la science* (1890), Flammarion, coll. GF-Littérature, 2014.

Rey (O.), *Itinéraire de l'égaré. Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, Seuil, 2003.

Ricœur (P.), *De l'interprétation. Essai sur Sigmund Freud*, Seuil, coll. Point Essais, 1965.

Ricœur (P.), *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1969.

Ricœur (P.), *Le juste*, Esprit, coll. Philosophie, 1995.

Ricœur (P.), *L'idéologie et l'utopie* (1986), trad. de l'anglais par M. Revault d'Allonnes et J. Roman, Seuil, coll. Points Essais, 1997.

Romano (S.), *L'ordre juridique* (1918), trad. de l'italien par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002.

Rorty (R.), *L'homme spéculaire* (1979), trad. de l'anglais par Th. Marchaisse, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1990.

Rorty (R.), *Conséquences du pragmatisme* (1972-1980), trad. de l'anglais par J. Cometti, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1993

Rosier (L.), *Le discours rapporté en français*, Ophrys, 2008.

Ross (A.), *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft* (Critique de la soi-disant raison pratique. Prolégomènes à une critique de la connaissance juridique), éd. Felix Meiner, 1933.

Ross (A.), *On Law and Justice*, University of California Press, 2<sup>e</sup> édition, 1959.

Rousset (D.), *L'Univers concentrationnaire*, Les Editions de Minuit, 1989.

Ryle (G.), *La notion d'esprit* (1949), trad. de l'anglais par S. Stern-Gillet, Payot, coll. Petite bibliothèque, 2005.

Saint Augustin, *Traité du libre arbitre*, FB Editions, 2015.

Saieilles (R.), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901.

Scarpelli (U.), *Qu'est-ce que le positivisme juridique* (1965), trad. de l'italien par C. Clavreul, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 1996.

Schlick (M.), *Formes et contenu. Une introduction à la pensée philosophique*, trad. de l'allemand par D. Chapuis-Schmitz, Agone, coll. Banc d'essais, 2003.

Schlick (M.), *Philosophical Papers*, vol. 2 (1925-1936), Springer, coll. Vienna Circle, 1979.

Searle (J. R.), *Sens et expression. Etudes de théorie des actes de langage*, trad. de l'anglais par J. Proust, Les éditions de minuit, coll. Le sens commun, 1982.

Sellars (W.), *Empirisme et philosophie de l'esprit* (1951), trad. de l'anglais par F. Cayla, l'Éclat, coll. Tiré à part, 1992.

Sen (A.), *L'idée de justice* (2009), trad. de l'anglais par P. Chemla, Flammarion, 2010.

Seux (M.-J.), *Lois de l'Ancien Orient*, Le Cerf, coll. Cahiers Évangile, 1986.

Shecaira (F. P.), *Legal Scholarship as a Source of Law*, Springer, 2013.

Slatman (J.), *L'expression au-delà de la représentation. Sur l'aïsthésis et l'esthétique chez Merleau-Ponty*, Vrin, coll. Accent, 2003.

Sloterdijk (P.), *Critique de la raison cynique* (1983), trad. de l'allemand par H. Hildenbrand, Christian Bourgeois éditeur, 1987.

Sloterdijk (P.), *Règles pour le parc humain, suivi de La Domestication de l'Être*, trad. de l'allemand par O. Mannoni, Mille et une nuits, 2010.

Sosa (E.), *A Virtue Epistemology*, Oxford University Press, 2007.

Sparling (R. A.), *Johann Georg Hamann and the Enlightenment Project*, University of Toronto Press, 2011.

Stefanini (P.) et Barjon (C.), *Déflagration. Dans le secret d'une élection impossible*, Robert Laffont, 2017, pp. 269-270.

Stengers (I.) (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Seuil, coll. Science ouverte, 1987.

Stevenson (Ch. L.), *Facts and Values. Studies in Ethical Analysis* (1936), Praeger, 1975.

Strömholm (S.) et Vogel (H.-H.), *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1975.

Suárez (F.), *De legibus* (1612), in *Selection from Three Works*, trad. du latin en anglais par G. L. Williams, A. Brown et J. Waldron, Clarendon Press, vol. 1, 1944.

Supiot (A.), *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, coll. Les voies du droit, 1994.

Supiot (A.), *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.

Thomas d'Aquin, *Somme contre les Gentils, t. 1 : Dieu* (1258), trad. du latin par C. Michon, Flammarion, coll. GF, 1999.

Thomas (H.), *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, éd. du Croquant, coll. Terra, 2010.

Thomas (Y.) et Cayla (O.), *Du droit à ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, coll. Le débat, 2002.

Tiercelin (Cl.), *C. S. Peirce et le pragmatisme*, PUF, coll. Philosophies, 1993.

Tiercelin (Cl.), *La connaissance pratique*, Cours au Collège de France, 2014-2015, URL [consulté le 7/10/2018] :

<https://www.college-de-france.fr/site/claudine-tiercelin/course-2014-2015.htm>

Tiercelin (Cl.), *Les vertus épistémiques*, Cours au collège de France 2015-2016, URL [consulté le 7/10/2018] :

<https://www.college-de-france.fr/site/claudine-tiercelin/course-2015-2016.htm>

Tocqueville (A. de), *De la démocratie en Amérique* (1835), t. 1, Flammarion, 1981.

Toulmin (S.), *Les usages de l'argumentation*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 1993.

Troper (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994.

Troper (M.), *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001.

Troper (M.), *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. Léviathan, 2011.

Troper (M.), *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018.

Troper (M.), Champeil-desplats (V.) et Grzegorzcyk (Ch.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2005.

Vaihinger (H.), *La philosophie du comme si* (1911), trad. de l'allemand de Ch. Bouriau, Kimé, 2008.

Vaysse (J.-M.), *Dictionnaire Kant*, entrée « objet », Ellipses, 2007, p. 133.

Verdross (A.), *Abendländische Rechtsphilosophie*, Springer, 1958.

Viala (A.), *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010.

Villa (V.), *La science du droit*, trad. de l'italien par O. et P. Nerhot, LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1990.

Villey (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, nouv. éd., coll. Philosophie du droit, 1962.

Villey (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, 1975.

Villey (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> édition, 2013.

Volk (T.), *Gaïa's Body. Toward a physiology of Earth*, The MIT Press, 2003.

Von Humboldt (W.), *Introduction à l'œuvre sur le kavi et autres essais*, trad. de l'allemand par P. Caussat, Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1974.

Von Humboldt (W.), *Sur le caractère national des langues et autres écrits sur le langage (1822)*, trad. de l'allemand par D. Thouard, Seuil, coll. Point Essais, 2000.

Von Humboldt (W.), *Gesammelte Schriften*, Berh, 1936.

Wagner (P.) (dir.), *Les philosophes et la science*, Gallimard, coll. Folio essais, 2002.

Waldron (J.), *Law and disagreement*, Clarendon Press, 1999.

Walzer (M.), *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1984.

Weber (M.), *Économie et Société (1922)*, trad. de l'allemand par J. Freund, Agora, coll. Pocket, 1971.

Weber (M.), *Le savant et le politique (1919)*, trad. de l'allemand par J. Freund, 10/18, coll. Philosophie et essais, 2002.

Whittington (K. E.), *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, University Press of Kansas, 2001.

Whitman (J.-Q.), *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton University Press, 1990.

Winch (P.), *L'idée d'une science sociale et sa relation à la philosophie (1958)*, trad. de l'anglais par M. Le Du, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 2009.

Wittgenstein (L.), *Les cours de Cambridge. 1932-1935*, éd. A. Ambrose, à partir des notes d'A. Ambrose et de M. Macdonald, trad. de l'allemand par E. Rigal, Trans-Europ-Repress, 1992.

Wittgenstein (L.), *De la certitude* [1951], trad. de l'allemand par D. Moyal-Sharrock, Gallimard, coll. Tel, 1987.

Wittgenstein (L.), *Recherches Philosophiques* (1953), trad. de l'allemand par F. Dastur, M. Elie, J.-L. Gautero, D. Janicaud et E. Rigal, Gallimard, coll. Tel, 2004.

Wittgenstein (L.), *Grammaire philosophique* (1969), trad. de l'allemand par M.-A. Lescourret, Folio, coll. Essais, 2001.

Yahata (K.), *La problématique de l'expression dans la philosophie de Maurice Merleau-Ponty*, Université de Toulouse II, thèse, 2012.

#### **Articles, notes, notices, conférences :**

Abbott (A.), « Le chaos des disciplines », trad. de l'anglais par M. Drouet, in J. Boutier, J.- Cl. Passeron et J. Revel, *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Éditions de l'EHESS, 2006, pp. 35-67.

Abi-Saab (G.), « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 137-144.

Ackerman (B.), « Why Dialogue », *Journal of Philosophy*, vol. 86, 1989, pp. 5-22.

Alchourrón (C. E.) et Bulygin (E.), « The expressive conception of norms » (1981), in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, 2007, pp. 383-410.

Allais (M.), « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque : critique des postulats et axiomes de l'École américaine », *Econometrica*, vol. 21, n° 4, 1953, pp. 503-546.

Amselek (P.), « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, n° 39, 1997, pp. 337-342.

André (C.), « Au commencement était le duel. Une méthode humboldtienne », *Les Études philosophiques*, vol. 113, n° 2, 2015, pp. 191-214.

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Proposition de réforme du Livre II », 2009.

Arnaud (A.-J.), « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification », *Droit et société*, n° 2, 1986, pp. 139-141.

Atias (Ch.), « Une doctrine de combat pour un droit menacé », in P.-H. Antonmattei (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Lexis-Nexis/Litec, 1998, pp. 13-19.

Avril (P.) et Gicquel (J.), « Collaborateurs parlementaires : respectons le droit », *Le Figaro*, 9 février 2017.

Baraud (B.), « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les Cahiers de la justice*, 2017, pp. 121-139.

Barbou des Places (S.), « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 689-703.

Barrett (W.), « Art, Aristocracy and Reason », *Partisan Review*, vol. 16, n° 6, juin 1949, pp. 649-665.

Basilien-Gainche (M.-L.), « Principe d'intégration et pouvoir de l'Union », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 715-727.

Beinreiter (U.), « Anders Vilhelm Lundstedt : in Quest of Reality », in E. Pattaro (dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 12 : Legal Philosophy in the Twentieth Century : the Civil Law World, t. 2 : Language Areas, Springer, 2016, pp. 379-400.

Belleau (M.-Cl.), « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », *Les cahiers du droit*, vol. 40, n° 3, 1999, pp. 507-544.

Bergel (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, pp. 255-272.

Bienvenu (J.-J.), « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n° 1, 1985, p. 156 et s.

Birks (P.), « Equity in the Modern Law : An Exercise in Taxonomy », *University of Western Australia Law Review*, n° 26, 1996, pp. 1-99.

Bix (B.), « H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Philosophy », *SMU Law Review*, n° 52, 1999, pp. 167-199.

Blanc (A.), « Réaction d'Alain Blanc, Magistrat honoraire et vice-président de l'Association française de criminologie », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, pp. 526-530.

Bourdieu (P.), « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. Droit et Société, 1991, pp. 95-99.

Boyer (A.), « Cela va sans dire : éloge de l'enthymème », *Hermès*, n° 15, 1995, pp. 73-90.

Bredin (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges Pierre Hébraud*, Presses de l'Université de Toulouse, 1981, p. 11 et s.

Brenner (A.), « Le positivisme logique : le cas du Cercle de Vienne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, n° 2, 2011, pp. 117-133.

Brunet (P.), « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 19-28.

Brunet (P.), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, pp. 197-217.

Brunet (P.), « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », *Réalisme, interprétation, transgression*, Larcier, 2012, pp. 397-414.

Brunin (L.) et Épineuse (H.), « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n°4, décembre 2015, p. 501-505.

Bouveresse (J.), « Wittgenstein, Kripke et la longueur du mètre », in J. Sebestik et A. Soulez (dir.), *Wittgenstein et la philosophie aujourd'hui*, Méridiens-Klincksieck, 1992, pp. 67-99.

Buber (M.), « Suivre ce qui est commun » (1956), in *Communauté*, trad. de l'allemand par G. Cheptou, Éditions de l'éclat, coll. Éclats, 2018, pp. 95-134.

Candide (L.), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gazette du Palais*, n° 278, 4 octobre 2012, p. 7.

Carbonnier (J.), « Notes sur les notes d'arrêts. Chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du Doyen René Savatier au Dalloz », *Recueil Dalloz*, 1970, 32<sup>e</sup> cahier, Chronique XXX, 1970, pp. 137-139.

Carpentier (M.), « Variations autour de l'originalisme », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 107, n° 3, 2016, pp. 739-744.

Cassia (P.), « Le Conseil d'Etat abime les principes de légalité et de sécurité juridique », *Le blog de Paul Cassia*, in *Médiapart*, 22 mai 2018, URL [consulté le 7/10/2018] : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/210518/le-conseil-d-etat-abime-les-principes-de-legalite-et-de-securite-juridique>

Cassuto (Th.), « la justice à l'épreuve de sa prédictibilité », *AJ Pénal*, 2017, pp. 334-337.

Catton (W.) et Dunlap (W.), « Environmental sociology : a new paradigm », *The American Sociologist*, 1978, pp. 41-48.

Cazala (J.), « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66, n° 1, 2011, pp. 41-84.

Chantepie (G.), « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 522-526.

Chassagnard-Pinet (S.), « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 495-499.

Chazal (J.-P.), « Doctrine partisane : le mélange des genres », *Recueil Dalloz*, n° 16, 26 avril 2018, p. 841.

Chénéde (F.), « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2<sup>e</sup> partie) », *Revue des contrats*, n° 3, 2012, pp. 1017-1038.

Chénéde (F.), « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur le mariage pour tous », in Y. Lequette et D. Mazeaud (dir.), *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Editions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2014, p. 32 et s.

Chénéde (F.), « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n° 27, 4 juillet 2016, pp. 1334-1338.

Chenot (B.), « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 4, 1950, pp. 77-83.

Chenot (B.), « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, vol. 3, n° 1, 1953, pp. 57-68.

Chérot (J.-Y.), « Suivre une (la) règle », in J.-J. Sueur et P. Richard (dir.), *La transgression*, Bruylant, 2013, pp. 365-378.

Chérot (J. Y.), « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *Cahiers de méthodologie juridique, Revue de la recherche juridique*, n° 31, 2017-5, à paraître.

Chevallier (J.), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, 1983, pp. 7-49.

Chevallier (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, pp. 103-120.

Christodoulidis (E.), « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, vol. 14, n° 10, 2013, pp. 171-186.

Clément (M.), « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *Ac*, 2017, pp. 2453-2460.

Colonna D'Istria (F.), « Le mythe des définitions dans la loi. Exemples de droit des obligations », in J.-Y. Chérot, S. Cimamonti, L. Tranchant et J. Trémeau (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2013, pp. 61-89.

Cometti (J.-P.), « Qu'est-ce qu'une règle ? », *Éducation et didactique*, vol. 2, n° 2, 2008, pp. 139-148.

Cornu (G.), « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 et s.

Cuche (P.), « À la recherche du fondement du droit : y a-t-il un romantisme juridique ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 28, 1929, pp. 57-66.

Cumyn (M.), « La classification des catégories juridiques en droit comparé. Métaphores taxonomiques », *Revue du Notariat*, n° 111, 2009, pp. 2-36.

Davidson (D.), « Actions, Reasons and Causes », *The Journal of Philosophy*, vol. 60, n° 23, 1963, pp. 685-700.

Davies (G.), « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », *Common Market Law Review*, vol. 43, n° 1, 2006, pp. 63-84.

De Matos (A.-M.), « À la recherche des critères d'intégration sociale : la situation familiale », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 643-649.

Devinat (M.), « Les définitions dans les codes civils », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 519-531.

Dupré (J.) et Lévy Véhel (J.), « L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 500-505.

Dupret (B.), « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et société*, vol. 75, n° 2, 2010, pp. 315-335.

Edel (G.), « The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen », in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 195-219.

Ekelöf (P. O.), « Juridisk slutledning och terminologi » (Inférence juridique et terminologie), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1945, pp. 211-272.

Ekelöf (P. O.), « Till frågan om rättighetsbegreppet » (À propos du concept de "droit subjectif"), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1946, pp. 309-313.

Ekelöf (P. O.), « Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken » (Sur l'usage du terme "droit subjectif" dans le langage juridique), *Festskrift for B. Ekeberg*, 1950, pp. 151-177.

Ekelöf (P. O.), « Är termen rättighet ett syntaktisk hjälpmedel utan mening? » (Le terme "droit subjectif" est-il un outil syntaxique sans signification ?), *Svensk juristtidning*, 1952, pp. 546-559.

Eisenmann (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 11, 1966, pp. 25-43.

Englich (B.) et Mussweiler (T.), « Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom », *Journal of Applied Social Psychology*, n° 31, 2001, pp. 1535-1551.

Englich (B.), Mussweiler (T.) et Strack (F.), « The Last Word in Court – A Disadvantage for the Defense », *Law and Human Behavior*, n° 29, 2005, pp. 705-722.

Englich (B.), Mussweiler (T.) et Strack (F.), « Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making », *Personality and Social Psychology Bulletin*, n° 32, 2006, pp. 188-200.

Fabre-Magnan (M.), « Radiographie de l'agrégation (les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et de sciences criminelles depuis 1968) », in *Mélanges Philippe Malaurie. Liber amicorum*, Defrénois, 2005, pp. 215-235.

Falk (R.), « Crimes géopolitiques. Une proposition juridique préliminaire », version remaniée de l'intervention de l'auteur à l'Université Queen Mary de Londres lors de la conférence « Initiative internationale sur le crime d'État », le 22 mars 2018, URL [consulté le 7/10/2018] :

<https://blogs.mediapart.fr/aabbes/blog/040518/crimes-geopolitiques-une-proposition-juridique-preliminaire-selon-richard-falk>

Faralli (C.), « Le droit comme fait », trad. de l'anglais par P. Brunet, *Revus*, n° 24, 2014, pp. 45-56.

Favoreu (L.), « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n° 2, 1994, pp. 557-581.

Faure-Pragier (S.), « Homoparentalité : psys, taisons-nous », *Le Monde*, 26 décembre 2012.

Fehér (F.), « Castoriadis and the Re-definition of Socialism », in G. Busino (dir.), *Autonomie et autotransformation de la société. La philosophie militante de Cornelius Castoriadis*, Droz, coll. Travaux de sciences sociales, 1989, pp. 393-404.

Foucault (M.), « Qu'est-ce que les Lumières ? » (1984), in *Dits et écrits. 1976-1988*, t. 2, Gallimard, coll. Quarto, 2001, pp. 1381-1396.

Foucault (M.), « Polémique, politique et problématisations » (1984), in *Dits et écrits. 1976-1988*, t. 2, Gallimard, coll. Quarto, 2001, pp. 1410-1417.

Frydman (B.), « Comment penser le droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01, URL [consulté le 7/10/2018] : [http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment\\_penser\\_le\\_droit\\_global\\_2011.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf)

Fuller (L.), « Positivism and the Fidelity to Law. A Replay to Professor Hart », *Harvard Law Review*, pp. 630-672.

Foersters (P.), « Les lacunes du droit », *Logique et analyse*, vol. 10, n° 37, 1967, pp. 57-77.

Galinsky (A. D.) et Mussweiler (T.), « First Offers as Anchors : the Role of Perspective-taking and Negotiator Focus », *Journal of personality and social psychology*, vol. 81, n° 4, octobre 2001, pp. 657-669.

Gallie (W. B.), « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956, pp. 167-198.

Gallie (W. B.), « Les concepts essentiellement contestés », trad. de l'anglais par O. Tinland, *Philosophie*, vol. 122, n° 3, 2014, pp. 9-33.

Garapon (A.), « Les enjeux de la justice prédictive », *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n°1-2, 9 janvier 2017, pp. 47-52.

Gardies (J.-L.), « En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut-il être dit complet ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, 1979, pp. 285-296.

Gaubert (J.), « Le réalisme pratique en débat : la réception de la pensée d'Axel Hägerström par Ernst Cassirer », in Ph. Bouquet et P. Voilley (dir.), *Droit et littérature dans le contexte suédois. Colloque de Cerisy*, Flies France, 2000, pp. 31-48.

Gaudemet (J.), « Pandectistes » *Encyclopædia Universalis* (en ligne), 2018, URL [consulté le 7/10/2018] :

<http://www.universalis.fr/encyclopedie/pandectistes/>

Gobert (M.), « Le temps de penser de la doctrine », *Droits*, n° 20, 1994, pp. 97-105.

Goldmann (L.), « La pensée des “Lumières” », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 22, n° 4, 1967, pp. 752-779.

Goldszlagier (J.), « L’effet d’ancrage ou l’apport de la psychologie cognitive à l’étude de la décision judiciaire », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, pp. 507-531.

Goodhart (A. L.), « The *Ratio Decidendi* of a Case », *Modern Law Review*, vol. 22, n° 2, mars 1959, pp. 117-124.

Goyard-Fabre (S.), « Parler, dire, penser. Du dialogisme transcendantal à l’erotétique générale », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 54, n° 2, 2007, pp. 239-272.

Grondin (J.), « La fusion des horizons. La version gadamérienne de l’*adæquatio rei et intellectus* ? », *Archives de Philosophie*, t. 68, n° 3, 2005, pp. 401-418.

Grumbach (T.), « Doctrine et déontologie », *Droit social*, 1999, p. 323-325.

Guastini (R.), « Alf Ross, une théorie du droit et de la science juridique », in P. Amselek, *Théorie du droit et science*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 249 et s.

Haack (S.), « Six Signs of Scientism », *Logos and Episteme*, vol. 3, n° 1, 2011, pp. 75-95.

Hägerström (A.), « Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der modernen Naturvölker. Zugleich ein Beitrag zur Psychologie der Magie » (Comparaison entre les représentations de forces des primitifs et celles des peuples actuels à l’état de nature. Contribution à la psychologie de la magie), in *Mélanges en l’honneur d’Arvi Grotenfelt*, 1933, p. 83 et s.

Hammer (S.), « A Neo-Kantian Theory of Legal Knowledge in Kelsen’s Pure Theory of Law ? », in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 177-194.

Hart (H. L. A.), « Definition and Theory in Jurisprudence » (1953), in *Essays in Jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, 1983, pp. 21-48.

Hart (H. L. A.), « Sur le réalisme scandinave », trad. de l'anglais par É. Millard, in O. Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2000, pp. 43-50.

Hartnack (J.), « Scandinavian Philosophy, I », in P. Edwards (dir.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7, Macmillan, 1967, pp. 294-302.

Herder (J. G.), « Sur la nouvelle littérature allemande. Fragments » (1766/67), trad. de l'allemand par M. Crépon, in P. Caussat, D. Adamski et M. Crépon, *La langue source de la nation. Messianismes séculiers en Europe centrale et orientale (du XVIIIe au XXe siècle)*, Mardaga, coll. Philosophie et langue, 1996, pp. 79-96.

Herzog-Evans (M.), « Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 2007 », *AJ Pénal*, 2007, p. 446.

Hill (H. H.), « H. L. A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in the Concept of Law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 3, n° 1, 1990, pp. 113-128.

Iliopoulou-Penot (A.), « Le rattachement à l'Etat comme critère de l'intégration sociale », *Revue des affaires européennes*, n°4, 2013, pp. 651-665.

Jacotot (D.), « De l'indivision en nue-propiété à la licitation en nue-propiété », *Dalloz*, 2000, p. 59.

Javeau (Cl.), « Sur le concept de vie quotidienne et sa sociologie », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1980, pp. 31-45.

Jouanjan (O.), « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXVIII, n° 119, 2000, pp. 65-78.

Jouanjan (O.), « Justifier l'injustifiable », *Astéris*, n° 4, 2006, pp. 123-156.

Kahneman (D.) et Tversky (A.), « Prospect Theory : An Analysis of Decisions Under Risk », *Econometrica*, vol. 47, n° 2, 1979, pp. 313-327.

Kant (E.), « Sur le lieu commun : il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien » (1793), in *Théorie et pratique*, trad. de l'allemand par F. Proust, Flammarion, coll. GF, 1994, pp. 45-103.

Kant (E.), « Réponse à la question : "Qu'est-ce que les Lumières ?" » (1784), in E. Kant et M. Mendelssohn, *Qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. de l'allemand par C. Morana, Mille et une nuits, 2006, pp. 11-28.

Kant (E.), « Le conflit des facultés » (1798), trad. de l'allemand par A. Renaut, in *Œuvres philosophiques, III, Les derniers écrits*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1986, pp. 805-930.

Kaufmann (E.), « Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des art. 109 der Reichsverfassung », in *V. V. D. S.*, vol. 3, 1927.

Kelsen (H.), « Die Staatrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich », *Z. ö. R.*, 1927, p. 352 et s.

Kelsen (H.), *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* (1931), trad. de l'allemand par S. Baume, éd. Michel Houdiard, coll. Les sens du droit, 2006.

Kelsen (H.), « Wer soll der Hüter der Verfassung sein ? » (Qui doit être le gardien de la Constitution ?), *Die Justiz*, 1931, réédité in H. Kelsen, *Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, éd. Mohr Siebeck, 2008.

Kelsen (H.), « Allgemeine Rechtslehre im Lichte Materialistischer Geschichtsauffassung » (Théorie générale du droit à la lumière d'une conception matérialiste de l'histoire), 1931, réédité in H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, Wiener Volksbuchhandlung, 1967.

Kelsen (H.), « The Pure Theory of Law, "Labandism", and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves » (1933), in S. L. Paulson et B. Litschewski Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 169-175.

Kelsen (H.), « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), trad. de l'allemand par Ph. Coppens, *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 559.

Kelsen (H.), « Compte rendu de Alf Ross, *On Law and Justice* », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4.

La Torre (M.), « Autour de la déontologie de la profession d'avocat. Entre théorie du droit et philosophie politique », *Cahiers de méthodologie juridique, Revue de la recherche juridique*, n° 31, 2017-5, à paraître.

Larouche-Tanguay (C.), « La thématization hégélienne de la société civile bourgeoise », *Laval théologique et philosophique*, vol. 41, n° 3, 1985, pp. 345-360.

Le Cour Grandmaison (O.), « Sur L'Univers concentrationnaire : remarques sur "tout est possible" », *Lignes*, vol. 2, n° 2, 2000, pp. 26-46.

Leben (Ch.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 1, 2001, pp. 19-40.

Garlicki (L.), « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens contre développements récents », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 78, n° 2, 2009, pp. 227-246.

Lockwood (J. A.), « "Ne pas faire de mal à une mouche". Nos obligations morales envers les insectes » (1988), trad. de l'anglais par L. Dervaux, *Les cahiers antispécistes*, n° 23, décembre 2003.

Lundstedt (A. V.), « The Responsibility of Legal Science for the Fate of Man and Nations », *New York University Law Review*, vol. 10, 1932, pp. 326-340.

Lundstedt (A. V.), « Law and Justice: A Criticism of the Method of Justice », in P. Sayre (dir.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Oxford University Press, 1947, p. 450 et s.

Martin (G. J.), « Doctrine ? Vous avez dit doctrine ? Qu'elle se taise ! », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n° 1, 2017, pp. 9-12.

Martin (G. J.), « Doctrine, vous avez dit doctrine ? Qu'elle exprime ! », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 42, n° 4, 2017, pp. 613-614.

Martinez (F.), « L'individu face au risque : l'apport de Kahneman et Tversky », *Idées économiques et sociales*, vol. 161, n° 3, 2010, p. 15-23.

Mastor (W.), « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Recueil Dalloz*, n° 12, 2010, pp. 714-715.

Mathieu-Izorche (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », in P.-H. Antonmattei (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Lexis-Nexis/Litec, 1998, pp. 53-68.

Michel (V.) (dir.), « Vers un principe d'intégration sociale de la personne en droit de l'Union européenne ? », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 631-727.

Millard (É.), « Point de vue externe et science du droit : un point de vue empiriste », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, pp. 59-71.

Millard (É.), Brunet (P.), Hennette-Vauchez (S.) et Champeil-Desplats (V.), « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison publique*, 20 mars 2013.

Mindus (P.), « À l'origine du non-cognitivism moderne : Axel Hägerström », *Analisi e diritto*, vol. 1, 2008, pp. 159-176.

Molfessis (N.), « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 165 et s.

E. Morin, « De l'interdisciplinarité », in F. Kourilsky, *Acte du colloque Carrefour des sciences*, Papcom, coll. Centre national de la recherche scientifique, 1990, pp. 21-29.

Mouloud (N.), « Dialogiques », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 86, n° 1, 1981, pp. 103-111.

Neframi (E.), « Principe d'intégration et pouvoirs de l'État membre », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 705-714.

Neyret (L.), « La réparation aux atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *Recueil Dalloz*, n° 3, 2008, pp. 170-178.

Neyret (L.), « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *Recueil Dalloz*, n° 40, 2012, pp. 2673-2674.

Nino (C. S.), « Some confusions Surrounding Kelsen's Concept of Validity » (1978), in S. L. Paulson et B. L. Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspective on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 253-261.

Olivecrona (K.), « The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt », *Scandinavian Studies in Law*, vol. 3, 1959, pp. 126-150.

Orfield (L. B.), « A survey of scandinavian legal philosophy. Part II », *Wisconsin Law Review*, 1956, pp. 585-624.

Ost (F.) et van de Kerchove (M.), « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, 1991, pp. 67-80.

Ost (F.), « Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 73, n° 2, 2014, pp. 91-131.

Patarin (J.), « Licitacion de la pleine propriété d'un immeuble grevé d'usufruit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, p. 373.

Pellet (A.), « Le "bon droit" et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 465-493.

Picard (É.), « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, pp. 119-171.

Posner (R.), « Legal scholarship today », *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 1314-1326.

Pradel (J.), « Le prévenu ou son avocat doivent toujours avoir la parole les derniers », *Dalloz*, 2001, p. 519.

Quine (W. V. O.), « Les deux dogmes de l'empirisme » (1951), in P. Jacob (dir.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*, trad. de l'anglais par P. Jacob, Gallimard, 1980, pp. 93-121.

Reimann (M.), « Nineteenth Century German Legal Science », *Boston College Law Review*, vol. 31, n° 4, 1990, pp. 837-897.

Rivoire (J.-L.), « Réaction de Jean-Luc Rivoire, avocat, ancien bâtonnier du barreau des Hauts-de-Seine », *Les cahiers de la justice*, n° 4, décembre 2015, pp. 530-531.

Robin-Olivier (S.), « Le citoyen de l'Union : entre intégration et mobilité », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 667-675.

Raz (J.), « The Purity of the Pure Theory », *Revue Internationale de philosophie*, vol. 35, n° 138, 1981, pp. 441-459.

Raz (J.), « Hart on Moral Rights and Legal Duties », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 1, 1984, pp. 123-131.

Renaut (O.), « Thalès dans le puits : quel lieu pour la philosophie ? », in F. Lecerclé et G. Navaud (dir.), *Anecdotes philosophiques et théologiques de l'Antiquité aux Lumières*, Classiques Garnier, coll. Rencontres, 2012, pp. 19-31.

Rivero (J.), « Apologie pour les faiseurs de systèmes », Dalloz, Chron. XXIII, 1951, pp. 99-102.

Ross (A.), « Le 25ème anniversaire de la théorie pure du droit » (1936), trad. de l'anglais par A. King et L. Petersell, *Revus*, n° 24, 2014, pp. 9-33.

Ross (A.), « Tû-Tû », in *Festskrift til H. Ussing*, Borum & Illum, 1951, pp. 468-484.

Ross (A.), « Tû-Tû », *Harvard Law Review*, 1957, pp. 812-825.

Ross (A.), « Tû-Tû » (1951), in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. de l'anglais par É. Millard et E. Matzner, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2002, pp. 103-116.

Ross (A.), « La définition en droit » (1958), trad. de l'anglais par E. Matzner et É. Millard, in *Droit et langues étrangères*, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, pp. 73-89.

Ross (A.), « Definition in Legal Language », *Logique et analyse*, vol. 1, n° 3-4, 1958, pp. 139-149.

Ross (A.), « Sur les concepts d'Etat et d'organes d'Etat en droit constitutionnel », in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. de l'anglais par É. Millard et E. Matzner, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2002, p. 177 et s.

Ross (A.), « Validity and the Conflict Between Positivism and Natural Law » (1961), in S. L. Paulson et B. L. Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspective on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 147-163.

Rouvière (F.), « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, pp. 89-100.

Rouvière (F.), « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », in J.-Y. Chérot, S. Cimamonti, L. Tranchant et J. Trémeau (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2013, pp. 415-448.

Rouvière (F.), « Autour de la distinction entre règle et concept », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 26, n°2003-5, 2014, pp. 2017-2028.

Rouvière (F.), « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in Th. Tanquerel et A. Flückiger (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2014, pp. 117-137.

Rouvière (F.), « Fasc. 20 : Servitudes du fait de l'Homme », *JCl. Civil Code*, n° 11, février 2015.

Ryle (G.), « Knowing How and Knowing That: The Presidential Address », *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 46, 1945-1946, pp. 1-16.

Sandström (M.), « Law – Fact, Fiction or In Between ? Axel Hägerström's Quest for Legal Realism », in Wahlgren (P.) (dir.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honor of Jes Bjarup*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005, pp. 329-340.

Scalia (A.), « Originalism: The Lesser Evil », *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, pp. 849-867.

Schwartz (R. L.), « Internal and External Method in the Study of Law », *Law and Philosophy*, vol. 11, n° 3, 1992, pp. 179-199.

Sellars (W.), « Inference and Meaning » (1953), in K. Sharp et R. Brandom (dir.), *In the Space of Reasons, selected essays of Wilfrid Sellars*, Harvard University Press, 2007, pp. 3-27.

Sériaux (A.), « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20 : « Doctrine et recherche en droit », 1994, pp. 65-74.

Sériaux (A.), « Heurs et malheurs de l'esprit de système : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Revue de la recherche juridique*, 2007, pp. 89-98.

Sève (R.), « Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Archives de philosophie du droit*, 1979, pp. 247-257.

Shapiro (S. J.), « What is the Internal Point of View ? », *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 1157-1170.

Shapiro (S.), « The Bad Man and the Internal Point of View », in S. J. Burton (dir.), *The legacy of Oliver Wendell Holmes: "The Path of The Law" and its Influence*, Cambridge University Press, 2007, pp. 197-210.

Siliquini-Cinelli (L.), « Vilhelm Lundstedt's "Legal Machinery" and the Demise of Juristic Practice », *Law and Critique*, n° 29, 2018, pp. 241-264.

Simon (J.), « Vernunftkritik und Autorschaft. Reflexionen über Hamanns Kantkritik », in B. Gajek (dir.), *J. G. Hamann*, Klostermann, 1979, pp. 135-193.

Stone (J.), « The ratio of the ratio decidendi », *Modern Law Review*, vol. 22, n° 6, novembre 1959, pp. 597-620.

Stone Sweet (A.), « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal*, vol. 8, n° 10, 2007, pp. 916-928.

Strahl (I.), « Till frågan om rättighetsbegreppet » (Sur le concept de "droit subjectif"), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1946, pp. 204-210.

Strahl (I.), « Till frågan om rättighetsbegreppet » (Sur le concept de "droit subjectif"), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1947, pp. 481-514.

Strömholm (S.), « La philosophie du droit scandinave », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 32, n° 1, 1980, pp. 5-16.

Strowel (A.) et Marique (E.), « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT*, n° 10, 2017, pp. 517-521.

Sundby (N. K.), « Legal Rights in Scandinavian Analysis », *Natural Law Forum*, n° 13, 1968, pp. 72-107.

Sundell (J. O.), « Vilhelm Lundstedt – A Biographical Sketch », in P. Wahlgren (dir.), *Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honor of Jes Bjarup*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005, pp. 465-478.

Supiot (A.), « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, n° 21, 13 juin 2013, pp. 1421-1428..

Swales (J.), « The concept of discourse community », in *Genre Analysis. English in Academic and Research Settings*, Cambridge University Press, 1990, pp. 21-32.

Sweeney (M.), « L'intégration sociale des ressortissants d'États tiers de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 677-688.

Tadic (L.), « Kelsen et Marx. Contribution au problème de l'idéologie dans la "théorie pure du droit" et dans le marxisme », *Archives de philosophie du droit*, n° 12, 1967, pp. 243-257.

Tammelo (L.), « La *ratio decidendi* et la règle de droit », in Ch. Perelman (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 123 et s.

Tarski (A.), « The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 4, n° 3, 1944, pp. 341-376.

Teubner (G.), « Pour une épistémologie constructiviste du droit », trad. de l'allemand par N. Boucquey, *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, 47<sup>e</sup> année, n° 6, 1992, pp. 1149-1169.

Thomas (H.), « Qu'est-ce que l'intégration sociale ? Sortir des conceptions nationales impériales », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2013, pp. 631-642.

Thurmon (M. A.), « When the Court divides : reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decision », *Duke Law Journal*, vol. 42, 1992, pp. 419-468.

Timsit (G.), « L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XLV, n° 138, 2007, pp. 103-114.

Toh (K), « Raz on Detachment, Acceptance and Descriptability », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 3, 2007, pp. 403-427.

Troper (M.), « Normativisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1075 et s.

Troper (M.), « Le sophisme naturaliste : péché épistocratique de la pensée juridique », in « Colloque Demain, l'épistocratie ? organisé par le CERCOP, 7-8 décembre 2017 partie 1/4 », 1:03:10-1:42:00, URL [consulté le 7/10/2018] : [www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv\\_Og](http://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv_Og)

Tunc (A.), entrée « Jurisprudence », in *Encyclopædia universalis*, URL [consulté le 7/10/2018] : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/jurisprudence>

Tusseau (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 641-657.

Valdés (E. G.), « Two Models of Legal validity : Hans Kelsen and Francisco Suárez », in S. L. Paulson et B. L. Paulson (dir.), *Normativity and Norms. Critical Perspective on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, 1998, pp. 263-271.

Vanderlinden (J.), « À propos des catégories du droit ou propos décousus d'un juriste arboricole contemplant un jardin de roses rampantes », *Revue de la Common Law en français*, n° 2, 1999, pp. 301-330.

Vedel (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, n° 682.

Viala (A.), « Riccardo Guastini, traduit et préfacé par Véronique Champeil-Desplats, Leçons de théorie constitutionnelle, Paris, 2010 », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, URL [consulté le 7/10/2018] :

<http://juspoliticum.com/article/Riccardo-Guastini-traduit-et-preface-par-Veronique-Champeil-Desplats-Lecons-de-theorie-constitutionnelle-Paris-2010-296.html>

Viala (A.), « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des libertés et droits fondamentaux*, Dossier « Mariage entre personnes du même sexe et Constitution », n° 4, 2013, pp. 1-8.

Viala (A.), « La dérive épistocratique du moment positiviste », in « Colloque Demain, l'épistocratie ? organisé par le CERCOP, 7-8 décembre 2017 partie 1/4 », 1:45:40-2:23:30, URL [consulté le 7/10/2018] : [https://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv\\_Og](https://www.youtube.com/watch?v=YWODRvOv_Og)

Virally (M.), « À propos de la "lex ferenda" », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, PUF, coll. Institut de hautes études internationales et du développement, 1990, pp. 213-223.

Waline (M.), « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Jean Dabin*, vol. 1, Bruylant, 1963, pp. 359-371.

Wilson (T. D.), Houston (C.), Etling (K. M.) et Brekke (N.), « A New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and its Precedents », *Journal of Experimental Psychology*, n° 4, 1996, pp. 387-402.

Zaluski (W.), « Alf Ross on Practical Reason », *Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, n° 71, 2015, pp. 31-39.

Zinn (H.), « The Conspiracy of Law », in R. P. Wolff (dir.), *The Rule of Law*, Touchstone, 1971, pp. 15-36.

## **Documents officiels, articles, arrêts, décisions de justice**

Article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946.

Article 66 al. 2 de la Constitution française.

Article 66-1 de la Constitution française.

Article 265-1 du Code civil.

Article 488 du Code civil.

Article 1130 du Code civil.

Article 223-3 du Code pénal.

Article 411-2 du Code de l'organisation judiciaire.

Article L 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

Article R 317-8 IV du Code de la route.

Article 2 du décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Communication COM(2003) n° 336, 3 juin 2003 de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur l'immigration, l'intégration et l'emploi,

Article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Cour d'appel de Paris, 28 sept. 2017, n°17/00854.

Cour de cassation, chambre sociale, 19 décembre 1972, n° 72-60.088.

Cour de cassation, chambre criminelle, 25 novembre 1998, n° 98-81.273.

Cour de cassation, chambre criminelle, 23 février 2000, n° 99-82.817.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17 novembre 2000, n° 99-12.701.

Cour de cassation, 1<sup>e</sup> chambre civile, 4 juin 2007, n° 05-20.243.

Cour de cassation, chambre criminelle, 22 mars 2016, n° 13-87.650.

Cour de cassation, 3<sup>e</sup> chambre civile, 7 juillet 2016, n° 15-17.563.

Conseil d'Etat, 4 avril 1914, n° 55125, *Gomel*.

Conseil d'Etat, 11 juillet 1956, n° 26638, *Amicale des annamites de Paris*

Conseil d'État, 27 octobre 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge*.

Conseil d'État, Assemblée, 3 décembre 1999, n°s 197060 et 197061, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, conclusion J.-D. Combrexelle, in *Revue française de droit administratif*, 2000, p. 579.

Conseil d'État, « Le droit souple », *La Documentation française*, 2013.

Conseil d'État, 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*.

Tribunal des conflits, 8 février. 1873, *Blanco*.

Conseil Constitutionnel, 16 juillet 1971, DC n° 71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

Conseil Constitutionnel, 2 décembre 1976, DC n° 76-70, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*.

Constitutionnel, DC n° 77-87, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*.

Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, DC n°82-143, *Lois sur les prix et les revenus*.

Conseil constitutionnel, 20 janvier 1984, DC n° 83-165, *Loi relative à l'enseignement supérieur*.

Conseil Constitutionnel, 23 janvier 1987, DC n° 86-224, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

Conseil Constitutionnel, 20 juillet 1988, DC n° 88-244, *Loi portant amnistie*.

Conseil constitutionnel, 5 août 2011, QPC n° 2011-157, *Société SOMODIA*.

Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, DC n° 2013-669, *Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe*.

Conseil constitutionnel, 6 juillet 2018, QPC n° 2018-717/718, *M. Cédric H. et autre ; Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger*.

Cour de justice des Communautés européennes, 19 décembre 1968, C-7/68, *Commission c/Italie*.

Cour de justice des Communautés européennes, 1<sup>er</sup> juillet 1969, C-24/68, *Commission c/ République italienne*.

Cour de justice des Communautés européennes, 9 novembre 1983, C-158/82, *Commission c/ Danemark*.

Cour de justice des communautés européennes, 9 juillet 1997, C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Konsumentombudsmannen c/ De Agostini et TV-Shop*.

Cour de justice des Communautés européennes, 5 décembre 2000, C-448/98, *Ministère public c/ Jean-Pierre Guimont*.

Cour de justice des Communautés européennes, 10 juillet 2003, C-138/02, *Brian Francis Collins c/ Secretary of State for Work and Pensions*.

Cour de justice des Communautés européennes, 15 mars 2005, C-209/03, *Bidar*.

Cour de justice des Communautés européennes, 15 septembre 2005, C-258-04, *Office national de l'emploi c/ Ioannis Ioannidis*.

Cour de justice des communautés européennes, 27 juin 2006, C-540/03, *Parlement européen c/ Conseil*.

Cour de justice des Communautés européennes, Grande chambre, 23 octobre 2007, C-11/06 et C-12/06, *Morgan et Bucher*.

Cour de justice des Communautés européennes, 11 décembre 2007, C-438/05, *Viking*.

Cour de justice des Communautés européennes, Grande chambre, 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*.

Cour de justice de l'Union européenne, 4 juin 2009, C-142/05, *Mickelsson c/ Roos*.

Cour de justice de l'Union européenne, 18 juillet 2013, C-523/11 et 585/11, *Prinz et Seeberger*.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juin 1998, req. n° 23413/94, *L.C.B. c. Royaume-Uni*.

Cour européenne des droits de l'Homme, 28 octobre 1998, req. n°23452/94, *Osman c. Royaume-Uni*.

Cour européenne des droits de l'Homme, 12 juillet 2001, n° 33071/96, *Malhous c. République Tchèque*.

Cour européenne des droits de l'Homme, 29 juillet 2002, req. n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

Cour européenne des droits de l'Homme, 8 juillet 2004, Req. n° 53924/00, *Vo c/ France*.

## Index

*L'index renvoie aux numéros de paragraphes*

### A

Accord/désaccord : 8, 87, 161.  
Acte de connaissance, acte de volonté : 8, 160.  
Adhésion morale au droit positif : 165.  
Analyse économique du droit : 16, 95, 201.  
Analyse féministe du droit : 95.  
Analyse psychologique du droit : 95, 127, 189.  
Analyse sémantique différentielle : 17, 51.  
Anarchisme : 167.  
Anarchisme méthodologique : 181, 201.  
Arc herméneutique : 197-198, 201.  
Arrêt Perruche : 4, 169.  
Ascèse : 14, 15, 112, 180, 209.  
Atomisme logique : 63.  
*Aufklärung* (Lumières) : 35, 133, 136, 138, 180.  
Autoritarisme politique : 203-205.

### C

Catégorie juridique : 53.  
Censure : 179-180, 204.  
Cercle de Vienne : 18-19.  
Cercle herméneutique : 152.  
Citoyenneté : 112, 133, 206.  
Communauté : 144, 150, 182.  
Complexe de supériorité : 153.  
Comportementalisme : 129.

Concept comme outil : 63.  
Concept essentiellement contesté : 87.  
Concept méthodologique : 107.  
Conclusion en droit : 133, 157, 187, 195.  
Contrat d'adhésion : 2.  
Contre-Lumières : 135.  
Contrôle *a priori* de constitutionnalité : 2, 83, 197.  
Connaissance pratique : 1, 4.  
Critère de démarcation : 92.  
Critique juridique : 4, 105, 114, 200-201.

### D

Déclaration : 25.  
Découverte : 2.  
*De lege feranda* : 4, 201.  
Démocratie : 146, 151, 182, 203, 206-207.  
Déontologie de la recherche en droit : 1, 15.  
Détermination, déterminable, déterminé : 87, 180.  
Dissimulation : 17.  
Doctrines juridiques : 4, 16-17, 108-109, 172.  
Dogmatique : 4, 17, 104, 110, 123, 199.  
Droit de propriété : 24.  
Droit et littérature : 95.  
Dualisme sujet/objet : 133, 137, 142, 146.

### E

Effet d'ancrage : 189.

Émotivisme : 23, 26, 185.

Empirisme : 18, 22, 46, 48, 126, 133, 138, 173.

Engagement : 133, 157, 182, 186, 207-208.

Enseignement du droit : 2, 93.

Entente : 150-151.

Épistémologie juridique : 3, 108, 202.

Épistocratie : 204.

Évaluation : 79-80, 176.

## **F**

Fiction : 120, 170.

## **H**

Histoire du droit : 115.

Historicité : 140, 155, 157, 170.

Holisme sémantique : 63, 90.

Hypostase : 25, 40, 133, 146.

## **I**

Idéalisme : 20, 66.

Idéologie : 29, 89, 114, 129, 133, 156.

Imagination : 29-30.

Impératif indépendant : 31, 37.

Intellectualisme : 56, 63.

Intelligence artificielle : 177.

Interdisciplinarité : 17, 89, 95, 131, 189.

Intérêt pratique : 2, 16, 55, 69.

## **J**

Juridicité : 72.

Jusnaturalisme : 7, 8, 15-16, 27, 121, 125, 191, 208.

Justice : 4, 31, 111, 190-191, 193, 196, 198, 204.

Justification : 70, 125, 195.

## **L**

Lacune : 112-114.

Libéralisme politique : 203-204.

Logique formelle : 78, 85.

Logique matérielle : 78, 85.

*Logos* : 139, 207.

Loi de Hume : 11, 15, 161.

Loi « mariage pour tous » : 178.

## **M**

Machinerie juridique : 30, 33.

Magie : 27, 41.

Magma : 87, 197.

Métadiscours/métalangage : 10, 105.

Métaéthique anticognitivistique : 8, 17, 49, 87, 197, 204.

Métaéthique cognitiviste : 88.

Métaphysique : 23, 27, 35-36.

Méthode du bien-être social : 30.

Motivation des décisions de justice : 64.

Mots creux : 18, 40.

## **N**

Naturalisme : 30.

Nécessité (au sens logique) : 85.

Neutralité axiologique : 9, 112, 206-207.

Norme fondamentale : 119-120.

## **O**

Ordre juridique : 61.

Originalisme : 201.

## **P**

Paradigme : 140.

Pénurie de langage : 141.

Personnages conceptuels : 158.  
 Pétition de principe : 72.  
 Philosophie de la conscience : 133-134, 141.  
 Philosophie politique : 202.  
 Point de vue externe : 7, 132, 157, 168.  
 Point de vue interne : 38, 132, 157, 173-174.  
 Point de vue interne détaché : 165.  
 Politique juridique : 6, 12, 111.  
 Pragmatisme : 51, 63, 70.  
 Prédiction : 48, 126, 172-173.  
 Préjudice écologique : 2.  
 Principe de proportionnalité : 188.  
 Procès-verbal : 67, 69.  
 Pseudo-concept : 18, 27, 48.

## Q

Qualification juridique : 53, 68.  
 Question/réponse : 12, 145, 154.

## R

Raison pratique : 111, 204.  
 Référentialisme : 46, 49-50, 59, 67, 71.  
 Régime juridique : 54, 61.  
 Règle de langage : 74-76, 84, 120-121.  
 Représentation : 11.  
 Responsabilité : 11, 16, 64, 161, 173, 207.

République : 206.  
 Réussite épistémique : 2.

## S

Savoir-faire : 51, 58-59, 65.  
 Savoir/pouvoir : 8, 205.  
 Science de la nature : 2, 8, 59, 72, 133, 138, 174.  
 Sciences humaines : 149.  
 Science pure : 1.  
 Scientisme : 7, 12, 31, 204-205.  
 Société civile : 204.  
 Sociologie du droit : 16, 131.  
*Soft law* : 201  
 Sophisme de la trivialité : 166.  
 Structure de base : 181, 201.  
 Superstition : 27-28, 46.  
 Syllogisme juridique : 8, 39, 85, 87.  
 Systématisation : 164, 199.

## T

Théorie de l'utilité espérée : 176.  
 Thèse de doctorat : 2, 187, 199.

## V

Valeur : 80, 82, 206.  
 Validité juridique : 116-117, 124-126.  
 Validité logique : 61.



## Tables des matières

Introduction.....	1
I. Premières interrogations sur la recherche en droit.....	2
II. La théorie de l’opposition du droit et de la science du droit.....	8
III. Une critique de l’opposition du droit et de la science du droit.....	19
<b>Partie I. Sémantique et « science du droit » .....</b>	<b>25</b>
<b>Chapitre 1. L’école réaliste scandinave et le langage juridique .....</b>	<b>31</b>
Section 1 : L’épistémologie scientifique et la dévaluation du langage juridique .....	32
§1. L’initiative épistémologique d’Axel Hägerström .....	32
A. L’arrière-plan philosophique de l’école réaliste scandinave .....	34
B. La nature métaphysique des expressions juridiques fondamentales.....	36
C. Les origines du caractère métaphysique des pseudo-concepts juridiques .....	38
§2. Vilhelm Lundstedt : imagination, idéologie et superstitions juridiques...41	
§3. Synthèse de Karl Olivecrona et retour à l’orthodoxie réaliste .....	47
Section 2 : La reconnaissance de la fonction pratique des expressions juridiques .....	51
§1. La modélisation de la fonction pratique des expressions juridiques .....	51
§2. La contribution décisive d’Alf Ross : « <i>Tû-tû</i> » .....	54
A. Les mots creux du droit .....	54
B. De l’expression “droit subjectif” à l’ensemble du langage juridique .....	58

<b>Chapitre 2. La sémantique inférentialiste et les concepts juridiques.....</b>	<b>65</b>
Section 1 : La généralité de la sémantique inférentialiste et le langage juridique .....	68
§1. La classification conceptuelle.....	69
§2. Le rôle inférentiel des expressions linguistiques .....	74
§3. De la sémantique juridique à la sémantique générale.....	77
Section 2 : La normativité sémantique et le langage juridique.....	88
§1. L'expression du contenu conceptuel par des règles.....	90
§2. La normativité juridique par la normativité conceptuelle .....	93
A. Évaluation et interprétation d'un énoncé comme règle .....	95
B. Règles d'inférence matérielle et nécessité logique .....	101
<b>Chapitre 3. Le droit comme discipline et l'idée de science du droit .....</b>	<b>109</b>
Section 1 : Le droit comme discipline .....	111
§1. Pratique et système conceptuels .....	111
§2. Qualification épistémologique du droit comme discipline.....	114
Section 2 : Le droit comme discipline et la doctrine juridique .....	119
§1. « L'intégration sociale des migrants » et la doctrine juridique .....	119
§ 2. La théorie de la science du droit contre la doctrine juridique.....	128
Section 3 : Deux théories de la science du droit et le droit comme discipline	132
§1. Hans Kelsen et la dogmatique juridique.....	132
A. Hans Kelsen et les lacunes en droit.....	136
B. La juridicité de la validité et de la norme fondamentale .....	142
§2. Alf Ross et l'interdisciplinarité .....	150

**Partie II. Herméneutique et recherche en droit ..... 161****Chapitre 4. Fondements philosophiques pour une herméneutique de la recherche en droit ..... 169**

Section 1 : Johann Georg Hamann et le tournant linguistique ..... 170

Section 2 : Wilhem von Humboldt et le tournant discursif ..... 179

Section 3 : Hans-Georg Gadamer et le tournant herméneutique ..... 187

**Chapitre 5. Engagement herméneutique et prétention à la scientificité ... 197**

Section 1 : Mise en scène d'une discussion juridique et de prétentions à la scientificité ..... 202

Section 2 : Description du droit et engagement herméneutique ..... 210

§1. Les prétentions descriptives de l'homme au chapeau ..... 211

§2. La requalification générale des descriptions du droit positif en participation à la discussion juridique ..... 216

A. L'inexistence d'un espace entre répétition et engagement herméneutique ..... 216

B. Le sophisme de la trivialité ..... 219

C. L'illusion des controverses closes ..... 225

Section 3 : Prédications juridiques et engagement herméneutique ..... 230

§1. Les prétentions prédictives de la femme en rouge ..... 230

§2. La requalification générale des prédictions de décisions de justice en participation à la discussion juridique ..... 231

<b>Chapitre 6. Liberté et reconnaissance de la recherche en droit .....</b>	<b>245</b>
Section 1 : Les chercheurs en droit sont des juristes .....	250
§1. L'attention envers l'administration de la justice .....	251
§2. Les prétentions implicites à la justice .....	262
Section 2 : Les chercheurs en droit sont des citoyens .....	276
Conclusion.....	295
Bibliographie.....	303
Index.....	351

