

# VARIÉTÉS

PAUL AMSELEK

---

## L'INTERPELLATION ACTUELLE DE LA RÉFLEXION PHILOSOPHIQUE PAR LE DROIT\*

Si l'on conçoit la philosophie comme une activité d'élucidation, visant à clarifier ou illuminer notre pensée des choses et par là à nous rendre plus lucides<sup>1</sup>, on peut dire que le domaine des choses juridiques est, parmi les différents domaines de pensée d'aujourd'hui, l'un de ceux qui laissent apparaître de toute évidence un besoin prioritaire de réflexion philosophique — de réflexion philosophique authentique et sérieuse. C'est bien ce besoin que traduit, d'ailleurs, le regain de faveur que connaît la philosophie du droit en France depuis quelques années, après une longue traversée du désert ; le développement de la littérature philosophico-juridique, la prolifération de centres de recherches et d'enseignements universitaires spécialisés et même — consécration suprême — la promotion de la philosophie du droit au rang des matières d'épreuves des concours d'agrégation pour le recrutement des professeurs des disciplines juridiques<sup>2</sup> : autant de signes patents de la pressante interpellation que le droit adresse présentement à la réflexion philosophique.

Et de fait, notre pensée des choses juridiques reste encore à l'heure actuelle — et contrairement à ce qu'on pourrait croire *a priori* — particulièrement brouillée et confuse. Cette situation s'explique par différents facteurs parmi lesquels on doit relever le handicap qu'a connu jusqu'ici la philosophie du droit d'être pratiquée soit de l'extérieur et superficiellement par des philosophes « généralistes », peu au fait des choses juridiques, se contentant de vues ou clichés très flous et plus soucieux en vérité d'illustrer leurs idées ou systèmes dans le domaine juridique que de s'appli-

\* A paraître dans l'*Encyclopédie philosophique*, PUF, 1987.

1. Ce qu'expriment parfaitement les propositions 4.112 du *Tractatus Logico-Philosophicus* de Wittgenstein lorsqu'on les entend sans les restrictions qu'impliquait alors le philosophe néo-positiviste : « La philosophie n'est pas une doctrine mais une activité. Une œuvre philosophique consiste essentiellement en élucidations. Le résultat de la philosophie n'est pas un nombre de « propositions philosophiques », mais le fait que des propositions s'éclaircissent. La philosophie a pour but de rendre claires et de délimiter rigoureusement les pensées qui autrement, pour ainsi dire, sont troubles et floues » (trad. franç. P. Klossowski, Gallimard, 1961).

2. Arrêté ministériel du 24 juillet 1980.

quer à élucider ce dernier<sup>3</sup> ; soit de l'intérieur — mais de manière tout aussi tronquée — par des juristes dogmaticiens s'arrachant mal à leur point de vue de « doctrinaires » de la réglementation juridique, acteurs trop engagés — trop *mondains* en somme — dans le monde juridique pour pouvoir s'élever à une réflexion philosophique véritable et suffisamment désintéressée sur l'expérience juridique des hommes. On ne doit pas s'étonner, dans ces conditions, que les grands débats de la philosophie du droit restent encore axés de nos jours autour de la séculaire et désuète controverse — à coloration idéologique évidente — du « droit naturel » et du « positivisme juridique ».

Un autre handicap important tient au fait que les choses juridiques ne sont qu'une variété particulière à l'intérieur de la catégorie générale des choses de l'éthique, mais que précisément à ce niveau générique il n'y a guère aujourd'hui encore de claire élucidation susceptible de servir de point d'appui, de premières lueurs réductrices de l'obscurité des ténèbres. Le droit se situe, en quelque sorte, au centre d'un environnement d'incertitudes. Comme le relève très justement le philosophe du droit anglais Herbert Hart, « il est évident qu'une définition qui nous apprend qu'une chose appartient à une famille ne peut nous être utile si nous n'avons que des idées vagues ou confuses relatives aux particularités de cette famille. C'est cette exigence qui rend cette forme de définition inutile en ce qui concerne le droit, car il n'existe dans ce cas aucune catégorie générale familière et bien connue à laquelle le droit appartiendrait. Le candidat le plus évident pour jouer ce rôle dans une définition du droit réside dans la famille générale des *règles de comportement* ; le concept de règle, cependant, est aussi difficile à comprendre que celui de droit lui-même, de sorte que les définitions du droit qui commencent par caractériser les lois comme étant une espèce particulière de règle, ne font en général nullement progresser notre connaissance du droit »<sup>4</sup>. Du fait de cette défaillance de la philosophie de l'éthique, c'est donc à la philosophie du droit elle-même qu'il revient, pour éclairer son secteur, de faire la lumière sur l'ensemble du domaine dont il relève.

En définitive, on le voit, il y a beaucoup à faire pour la réflexion philosophique en matière juridique ; on serait tenté de dire : presque tout et dans toutes les directions, sur tous les plans où cette réflexion se trouve sollicitée de se déployer, qu'il s'agisse du plan métaphysique ou existentiel, du plan ontologique ou eidétique, du plan épistémologique ou théorétique. Mon propos sera ici d'évoquer à grands traits l'actualité de ces trois problématiques par lesquelles le monde juridique interpelle la philosophie aujourd'hui.

3. Le cas de Hegel est particulièrement caractéristique à cet égard, au point d'avoir soulevé l'indignation d'un des commentateurs de ses *Principes de la Philosophie du Droit*, Gustav Hugo : « Qui veut comprendre quoi que ce soit, doit tout de même avoir appris, et que des philosophes de profession aient écouté des exposés juridiques et lu des livres de droit est certes plus rare que la contrepartie qu'on entend souvent mentionner, à savoir que des juristes suivent des exposés de philosophie et étudient même des livres de philosophie » (cité par Michel Villey, « Le droit romain dans la *Philosophie des Rechts* de Hegel », *Arch. Phil. Dr.*, t. 16, 1971, p. 287 ; v. également Jean-Louis Gardies, « De quelques malentendus entre Hegel et les juristes », in *Hegel et la philosophie du droit*, PUF, 1979, p. 133 s.).

4. Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Fac. Univ. Saint-Louis, 1976, p. 29.

*La problématique métaphysique ou existentielle*

« Pourquoi, somme toute, y a-t-il de l'existant plutôt que rien ? »

(Martin Heidegger,  
*Qu'est-ce que la métaphysique ?*)

L'une des premières tâches de la philosophie dans le domaine juridique devrait être de nous refaire prendre clairement conscience et de nous rendre pleinement lucides de l'être même des choses juridiques, du fait même qu'il y ait là devant nos yeux toutes ces choses qui constituent l'expérience juridique des sociétés humaines, avec tout ce que cela implique d'énigmatique et de contingent.

Heidegger a magistralement montré que la marque fondamentale de la pensée occidentale était *l'oubli de l'être* : dans la vie quotidienne, notre esprit est tourné vers les « étants », nous sommes affairés autour des apparences ou consistances sous lesquelles les choses se donnent à nous, se produisent ; nous ne prêtons guère attention au fait même de leur apparition, de leur production, de leur existence, au mystère à la fois fascinant et angoissant de leur présence, de leur donation, de leur offrande. Nous n'éprouvons pas qu'elles pourraient ne pas être là, qu'il pourrait y avoir autre chose ou rien à la place qu'elles occupent, qu'autre chose ou rien pourrait être donné ; nous n'éprouvons pas combien il est étrange et insolite qu'elles soient là ainsi : l'oubli de l'être, c'est en vérité l'esprit fermé à la mystérieuse contingence ou gratuité du donné des choses, du présent (ou présence) qui nous en est offert à notre conscience<sup>5</sup>. En s'attachant uniquement à l'objet du don, on oublie le don lui-même, l'*ex-sistere*, l'extraordinaire émergence par quoi on a « ça-là » devant les yeux. A cet égard, notre vie quotidienne tend à baigner, d'une manière générale, dans une espèce d'état de torpeur ou de somnambulisme : depuis longtemps nous avons cessé de nous étonner de tout ce qui nous entoure, de tout le fabuleux décor ou « mobilier » qui fait partie de notre univers ; nous n'éprouvons plus le merveilleux, le féérique de notre aventure en ce monde : nous vivons dans un monde désenchanté, mélancolique, au sens qu'André Gide donnait à la mélancolie lorsqu'il la définissait comme « de la ferveur retombée ». Pour se représenter pleinement cet état quotidien de semi-inconscience qui est le nôtre, il faut imaginer une autre planète où les phénomènes seraient radicalement différents de ceux que nous connaissons et dont on verrait les habitants tranquillement affairés à leurs occupations, ne prêtant pas la moindre attention aux conditions de leur existence, qui seraient pourtant, en l'occurrence, si étonnantes à nos yeux de terriens.

Il est vrai qu'au cours des dernières décennies, le formidable bond en avant des sciences et des techniques d'investigation, en bousculant nos anciennes habitudes de penser et de nous représenter les choses, en nous faisant accéder par-delà le monde familier délimité par l'échelle de nos sens à d'autres mondes nouveaux et merveilleux de choses inouïes, a conduit à secouer en partie cet état de torpeur, à nous replacer

5. Cf. ce mot de Wittgenstein : « Ce qui est mystique, ce n'est pas *comment* est le monde, mais le fait qu'il est » (*op. cit.*, § 6.44).

dans un nouvel état « originaire » d'émerveillement, à nous refaire vivre une nouvelle aube poétique d'expérience humaine du monde.

Mais, précisément, le secteur des choses juridiques est resté complètement à l'écart de cet ébranlement et de ces nouveaux commencements ; dans ce secteur, notre pensée continue de se déployer à l'horizon d'une tranquille grisaille désenchantée : ici moins qu'ailleurs nous sommes prédisposés à éprouver la présence contingente des choses qui constituent l'expérience juridique des hommes, à imaginer que les sociétés humaines pourraient vivre autrement que sur la base d'une direction publique par des gouvernants chargés d'émettre des règles de conduite à suivre ; nous n'éprouvons guère non plus tout ce qu'a d'étrange notre propre finitude, les extraordinaires modalités de l'être humain dans le contexte desquelles s'inscrit cette expérience collective de direction des conduites ou gouvernes. Nous avons les yeux tellement fermés à l'égard de la contingence de ce donné que nous n'hésitons pas, encore aujourd'hui, à penser plus ou moins confusément que l'univers entier fonctionne à notre image, que les choses naturelles « obéissent » elles aussi à des « lois », à des « décrets » édictés par un Législateur suprême ou mystérieusement inscrits de toute éternité dans la nature des choses. La persistance de ce singulier panjuridisme, à elle seule, en dit long sur notre oubli de l'être des choses juridiques.

Cet oubli tient, sans doute, à divers facteurs au premier rang desquels il faut mentionner le fait que les phénomènes juridiques sont tout à la fois très anciens et fondamentaux dans la vie de nos sociétés : l'ancienneté des pratiques juridiques, dont l'existence se trouve enracinée depuis des millénaires dans notre environnement culturel, fait que leur présence nous est devenue familière, banale ; nous ne prêtons plus vraiment attention à cette présence, notre conscience s'en est trouvée émoussée avec le temps. A cette ancienneté des pratiques juridiques s'ajoute le fait qu'elles occupent une place fondamentale dans notre expérience quotidienne : or, les choses qui nous sont le plus familières et à la présence desquelles nous accordons peu à peu le moins d'attention, ce sont précisément celles qui jouent le plus grand rôle dans notre vie et à l'égard desquelles en conséquence nous sommes le moins disposés à imaginer qu'elles pourraient ne pas être là.

Un autre facteur doit aussi être évoqué. Heidegger a magistralement montré que l'oubli de l'être a été lié dans la civilisation occidentale au développement de la technique et de la pensée technique : l'homme a pris l'habitude de se concevoir comme « maître et possesseur de la nature », de considérer le monde autour de lui comme naturellement là pour le servir, comme une réserve de ressources à sa disposition, pour son usage. Une telle attitude utilitariste conduit à ne prêter attention qu'à l'étant des choses, à leur consistance ou constitution, de façon à en tirer le meilleur parti ; elle nous détourne de la poésie du monde, de la contingence mystérieuse de sa présence : on ne conçoit plus les choses que sous le rapport de leur ustensilité, de leur disponibilité, de leur finalité utilitaire. De sorte que pour reprendre pleinement conscience de leur être il faut, nous dit Heidegger, résolument éveiller en nous « un sens pour l'inutile »<sup>6</sup> ou, ce qui revient au même, « laisser le champ libre aux choses »<sup>7</sup>, c'est-à-dire nous libérer de la pensée technique, de l'approche des choses

6. Cité par Jean Beaufret, *Dialogues avec Heidegger*, t. 4, Paris, Ed. de Minuit, 1985, p. 73.

7. *Chemins qui ne mènent nulle part*, trad. W. Brockmeier, Gallimard, 1962, p. 18.

comme choses servant à : lorsque l'ustensilité s'efface dans les choses, il s'opère une rupture entre elles et nous, elles redeviennent à la fois étranges et étrangères à nous-mêmes, on redécouvre le mystère de leur présence en face de nous. Même les objets les plus familiers, même les outils fabriqués par l'homme deviennent étranges, mystérieux, à notre conscience lorsqu'ils cessent de servir à, lorsqu'ils apparaissent soudain sans utilité : le sentiment d'absurdité et d'angoisse qu'on éprouve alors correspond à la conscience de leur présence contingente qui nous était masquée jusque-là par la familiarité, par l'espèce de complicité, que l'artisan entretient avec les outils artificiels qui prolongent ses propres organes. Cette analyse heideggerienne éclaire particulièrement notre rapport avec les choses juridiques : l'oubli de leur être vient précisément de ce que nous les abordons ordinairement dans la vue utilitariste et intéressée d'artisans, en « fonctionnaires de la technique » comme dirait Heidegger, et non pas en habitants ingénus et poétiques du monde ; nous approchons le droit uniquement en tant qu'instrument ou technique à notre disposition, en tant que variété particulière d'outil sous la main en vue de nous permettre d'atteindre certaines fins. Il faudrait rompre avec cette complicité séculaire, mettre entre parenthèses l'étant du droit, c'est-à-dire son ustensilité, pour reprendre possession de son être, du mystère de sa présence.

On doit mentionner, enfin, parmi les facteurs de l'oubli de l'être des choses juridiques, le rôle de la philosophie du droit elle-même : laquelle jusqu'ici a, en effet, contribué à entretenir notre torpeur au lieu de la dissiper, en s'efforçant de « banaliser » en quelque sorte notre expérience juridique, de démontrer la « normalité » ou « nécessité » des pratiques juridiques dans notre univers, leur correspondance à la « nature des choses » (*ubi societas ibi jus*) ou à des intentions transcendantes.

La tâche véritable de la philosophie juridique dans sa direction métaphysique devrait, à cet égard, se situer exactement aux antipodes de ce qu'elle a été jusqu'ici : le philosophe devrait nous inviter à rompre avec notre familiarité ou parti pris à l'égard des choses juridiques, à reprendre conscience de leur étrangeté, à nous étonner en permanence de leur présence au monde sous leurs diverses modalités, à retrouver le sens de leur gratuité et de leur mystère, en bref à réaborder la province juridique avec la même fraîcheur de regard qu'Alice au Pays des Merveilles. Son rôle devrait se borner, d'ailleurs, uniquement à entretenir cette attitude d'étonnement et d'éveil de conscience<sup>8</sup> : il y a peu à dire, en effet, peu à développer dans cet axe existentiel ou métaphysique de la réflexion philosophique, sauf à s'égarer — et le danger n'est pas purement théorique — vers d'obscurcs et verbeuses digressions<sup>9</sup>.

8. V. à ce sujet mon étude « L'étonnement devant le droit », *Arch. Phil. Dr.*, t. 13, 1968, p. 163 s.

9. « De cet être dont on peut seulement dire qu'il est 'lui-même', de cet *autre* de l'étant qui n'est rien d'étant et ne se révèle à l'homme que dans le silence de l'angoisse, peut-on espérer qu'il y ait jamais, je ne dis pas discours, mais seulement parole ? Mise en présence de sa véritable tâche qui est de penser l'être comme être et non plus comme étant, la philosophie n'est-elle pas par là même condamnée à se muer en expérience pure ou tout au plus en poésie ? Reste-t-il place, en un mot, pour un *Denken* quelconque ? », demande Roger Munier qui rapporte cette réponse que lui fit un jour Heidegger : « A l'avenir, les livres de philosophie ne seront plus de gros livres... » (« Todtnauberg 1949 », in « Martin Heidegger », *Cahiers de L'Herne*, n° 15, 1983, p. 153 s.).

*La problématique ontologique ou eidétique*

« Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht. »

(Kant, *Critique de la raison pure.*)

Une autre tâche de la philosophie devrait être d'élucider la constitution typique de la chose Droit : quelle est exactement la structure, la configuration caractéristique de cette chose qu'on appelle *le droit* ? Le droit, se contente-t-on de dire couramment, c'est de la réglementation ; il est fait de règles ou normes, de règles ou normes de conduite ; mais, comme on l'a déjà relevé, cette spécification n'apporte avec elle aucune lumière véritable dans notre pensée ; on n'a qu'une vue très brouillée de ce que sont les *règles*, de ce que sont plus précisément les règles *éthiques* ou de *conduite*. Il ne faut pas s'étonner, dans ces conditions, qu'on ait encore des vues très peu claires sur les règles *juridiques*, et que les théoriciens du droit continuent d'éprouver aujourd'hui les mêmes difficultés à définir le concept de droit que celles que Kant observait déjà en 1781 : « Poursuivre une définition du droit est une entreprise désespérante », écrit tel d'entre eux<sup>10</sup> ; « Ce qu'est le droit, chacun le sait approximativement. Mais la définition précise de ce concept présente de notables difficultés », relève tel autre<sup>11</sup>. On pourrait multiplier les notations dans le même sens. Dans son *Dictionnaire des idées reçues*, Gustave Flaubert caractérise parfaitement ce sentiment couramment exprimé à l'égard du droit en écrivant simplement sous ce mot : « *Droit (Le Droit)* : On ne sait pas ce que c'est. »

La tâche de la philosophie dans ce domaine de l'élucidation de la chose Droit apparaît particulièrement ardue : les vues confuses que nous avons ordinairement tiennent, en effet, à la fois à une insuffisante clarification des différents éléments qui composent la structure typique du droit, qui constituent son identité catégorielle, son essence ou *eidōs*, par-delà les variantes de ses manifestations historiques dans l'espace et dans le temps, et à un amalgame syncrétique d'éléments factices, contingents, non essentiels, à ces éléments invariants proprement essentiels ou eidétiques.

1 / Sur le premier point, il conviendrait qu'une réflexion philosophique rigoureuse et systématique parvienne à amener enfin à évidence chacune des trois séries d'éléments eidétiques de la chose Droit : les éléments génériques, les éléments spécifiques et les éléments particuliers ou singuliers.

Les éléments génériques, tout d'abord : le droit appartient au genre de chose Règle ou Norme ; il est fait de réglementation, de règles ou de normes : mais qu'est-ce exactement qu'une règle ou norme ? Nos difficultés de conceptualisation en la matière tiennent à la subtilité même du donné ontologique dont il s'agit : il faut faire, en effet, un effort particulièrement soutenu pour amener la chose Règle sous le regard, dans la mesure où il s'agit d'un outil mental, de texture purement psychique, c'est-à-dire d'un contenu de pensée auquel on assigne un certain type de fonction instrumentale. Tout outil en tant que dépositaire d'une intention humaine qui constitue son ustensilité même, sa finalité instrumentale, nous met en rapport avec

10. Michel Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 1.

11. Georges del Vecchio, *Philosophie du droit*, trad. Alexis d'Aynac, Dalloz, 1953, p. 245.

de la pensée humaine à explorer, nous introduit dans cet extraordinaire monde inapparent et immanent au sujet qu'est la pensée ; c'est en ce sens que Karl Popper classe tous les outils dans la catégorie des objets du Monde 3<sup>12</sup>. Mais les règles sont des habitants privilégiés de ce Monde purement subjectif, en quelque sorte des résidents à plein temps, doublement attirés à y demeurer à la fois par leur nature d'outil *et par leur texture même* : on peut regarder et toucher un couteau ou un cendrier, parce que ces objets par leur texture appartiennent au monde des choses sensibles ; tandis qu'une règle, en tant que pur contenu de pensée, est impalpable, est présente d'une manière purement intérieure dans l'intimité de nos circuits mentaux, constitue une pure production du monde des choses intelligibles à l'intérieur de nous-mêmes, de notre esprit. On peut, certes, appréhender les véhicules ou signaux par lesquels, dans nos relations intersubjectives, nous nous communiquons de la pensée et notamment des règles (paroles écrites ou prononcées, gestes...) ; mais ces véhicules ne se confondent pas avec la pensée elle-même qu'ils véhiculent, qu'ils visent seulement à évoquer à l'esprit, à faire passer de l'esprit du locuteur à l'esprit de son interlocuteur : l'énonciation d'une règle n'est pas cette règle elle-même.

Les éléments spécifiques ne sont pas moins difficiles à débrouiller : qu'est-ce exactement qu'une règle éthique ou règle de conduite ? En quoi consiste précisément la fonction de direction de la conduite humaine des règles éthiques ? Cette variété d'outillage normatif nous met aussi en présence de données extérieurement inapparentes et complexes, sur lesquelles nous avons ordinairement des lueurs bien faibles : il faut, en effet, pour bien comprendre la finalité instrumentale ou *être pour* des règles de conduite, avoir clairement en vue l'une des particularités essentielles de la structure de l'être humain dans le contexte de laquelle ces règles se situent, à savoir que l'être humain est un animal au moins en partie *autonome*, doté au moins pour partie d'une instance d'autocommande ou autorégulation délibérée de ses comportements ; il « se conduit », c'est-à-dire est le conducteur du véhicule de sa personne. Il a besoin, dès lors, de se donner à lui-même des instructions de route pour se diriger ; et, de même, si autrui veut me conduire dans certaines directions, il doit me donner des instructions de route pour que — si je le veux bien — je me règle dessus, que j'ajuste sur elles le fonctionnement de ma machine, le déploiement de mes faits et gestes. C'est précisément à ces instructions à suivre par les hommes-conducteurs d'eux-mêmes et qu'ils se donnent à eux-mêmes ou entre eux, que correspondent les règles de conduite, ces étranges espèces de prothèses, d'artefacts succédanés des mécanismes de régulation comportementale purement naturels ou biologiques dont sont uniquement dotées les autres espèces animales.

Les éléments eidétiques génériques et spécifiques une fois dévoilés, il apparaît plus aisé d'amener au jour les éléments particuliers ou singuliers qui distinguent les règles juridiques de toutes les autres variétés de règles de conduite. Ces éléments se situent eux-mêmes dans le contexte d'une donnée spécifique des êtres humains, leur « socialité » : les êtres humains vivent, non pas isolés, mais en peuples ou populations avec à leur tête des autorités, gouvernants ou dirigeants *publics* (c'est-à-dire, littéralement, *de peuple*), exerçant une direction d'ensemble des conduites ; ce qu'on appelle « règles juridiques », ce sont précisément les instruments de cette direction

12. V. not. *La quête inachevée*, trad. Renée Bouveresse, Calmann-Lévy, 1981, p. 258 s.

publique des conduites, les règles de conduite émises par les gouvernants dans leurs fonctions d'autorités publiques.

2 / Il n'appartient pas seulement à la réflexion philosophique d'approfondir et élucider pleinement les différents éléments eidétiques de la chose Droit qu'on vient d'évoquer, mais aussi d'éliminer les autres éléments non essentiels qu'on tend à inclure syncrétiquement dans le concept sous lequel nous nous représentons le droit, ce qui aboutit à falsifier l'identité de ce type de chose.

Ce syncrétisme est couramment répandu dans la pensée juridique. Il est dû, dans certains cas, à des démarches intellectuelles purement et simplement aberrantes, erronées dans leur principe même, consistant à se fourvoyer dans des impasses, à rattacher à la structure eidétique du droit des éléments qui, manifestement, n'en font pas partie : de telles démarches sont, notamment, illustrées par les analyses des très nombreux philosophes du droit qui prétendent définir les règles juridiques par des particularités de leur contenu (par exemple, les règles juridiques seraient des règles articulant des prescriptions assorties de sanctions). Dans d'autres cas, l'erreur commise est davantage excusable car elle tient à une espèce d'illusion d'optique : tel est le cas des analyses définissant les règles de droit uniquement comme des *commandements*, comme des règles à suivre obligatoirement, ou encore comme des commandements *hétéronomes*, donnés de l'extérieur par des gouvernants à des gouvernés, les uns et les autres étant parfaitement dissociés et distincts. Ces analyses traditionnelles reposent, en effet, sur le fait qu'autrefois la fonction de direction publique des conduites dans les sociétés humaines s'exerçait en pratique quasi exclusivement à travers des commandements et dans un contexte d'hétéronomie (encore que l'histoire des sociétés anciennes révèle des cas — exceptionnels il est vrai — de démocratie directe). Mais il s'agissait là de données factices, contingentes, et non pas essentielles, de l'expérience juridique : dans les sociétés libérales avancées de l'époque contemporaine, la direction publique des conduites s'effectue aussi bien au moyen de commandements que de simples recommandations (notamment, sous la forme de plans ou de programmes d'équipement, d'urbanisme, d'aménagement du territoire, de protection de la nature, etc., par lesquels les pouvoirs publics fixent des objectifs qu'il serait souhaitable d'atteindre, formulent des directives qu'il serait opportun de suivre) ; et, par ailleurs, elle se développe au moins en partie dans un contexte d'autonomie dans la mesure où les gouvernés eux-mêmes participent couramment aujourd'hui à la fonction gouvernante, sont associés directement à l'élaboration des commandements ou recommandations juridiques les concernant dans le cadre de procédures diverses organisées à cet effet (procédures consultatives, officielles ou officieuses, par lesquelles les intéressés ou leurs porte-parole catégoriels sont appelés à donner leurs avis sur les mesures juridiques à prendre les concernant ; association à la prise de décision elle-même des pouvoirs publics, soit au sein d'organismes publics à composition mixte, comprenant des représentants des pouvoirs publics et des porte-parole des catégories socioprofessionnelles intéressées, soit par le biais d'accords et conventions conclus avec ces derniers par les pouvoirs publics, etc.)<sup>13</sup>. Il serait temps que cette évolution même de la pratique juridique

13. V. à ce sujet mon étude « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Rev. Dr. Publ.*, 1982, p. 275 s.

inspire dans la pensée juridique une décantation des éléments essentiels et invariants de la chose Droit par rapport aux éléments purement contingents et accidentels de l'expérience passée.

Dans le même sens, c'est bien à tort que l'on tend traditionnellement à inclure dans le concept de droit les objectifs ou finalités externes que l'idéologie politique du passé impartissait aux autorités publiques : autrefois, en effet, le but recherché à travers l'émission des normes juridiques, c'était de faire régner l'ordre, la paix, la sécurité dans la population, d'organiser entre ses membres une coexistence pacifique, de les « départager ». C'est cette finalité du pouvoir public et des instruments juridiques émis dans son exercice qu'exprime le célèbre aphorisme des légistes romains : « *Cuique suum tribuere.* » Mais il s'agissait, là encore, d'une donnée factice, accidentelle, de l'expérience juridique, qu'il est d'autant plus erroné de rattacher — comme on continue de le faire encore trop souvent — à l'essence même de la chose Droit qu'une évolution évidente est survenue dans les faits depuis plus d'un siècle. Dans les sociétés industrialisées du monde occidental moderne, le rôle dévolu aux pouvoirs publics s'est, en effet, élargi : l'Etat d'aujourd'hui n'est plus un simple *Etat-Gendarme* chargé de maintenir l'ordre dans la Cité, de prévenir ou de régler les conflits entre ses membres ; il est devenu un *Etat-Providence* dont la mission est de promouvoir le développement économique et social optimum de la Cité, d'encadrer pratiquement l'ensemble des activités de ses membres. C'est dans le contexte de cette nouvelle idéologie politique que se situe l'expérience juridique d'aujourd'hui<sup>14</sup>. Sur ce point également, la pensée juridique a besoin de faire un meilleur départ entre les données qui font partie de l'essence même de la chose Droit et celles qui n'en font pas partie.

*La problématique épistémologique ou théorétique*

« 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. »

(Karl Engisch,  
*Einführung in das juristische Denken.*)

C'est à nouveau le syncrétisme que l'on voit sévir dans les conceptions traditionnelles et encore dominantes en circulation relatives aux activités théoriques en matière juridique : dans ce domaine également, à ce niveau épistémologique ou théorétique, le besoin d'élucidation reste immense en cette fin de xx<sup>e</sup> siècle et la réflexion philosophique devrait avoir beaucoup à accomplir et à apporter.

L'état actuel de confusionnisme a pris en fait, pour l'essentiel, sa source au siècle dernier avec l'artificielle transposition au secteur juridique de la théorétique positiviste de la science issue d'Auguste Comte, lorsqu'un courant de philosophie du droit

14. V. mon étude précit., *Rev. Dr. Publ.*, 1982, p. 278 s.

ou « positivisme juridique » s'est développé, prétendant assez singulièrement habiller du modèle positiviste conçu par Comte pour l'activité scientifique les activités théoriques non scientifiques déployées en matière juridique. Les théoriciens du droit, en effet, n'ont guère développé jusqu'à une époque récente que des activités de technologie juridique, des activités de rationalisation de la technique juridique, et même plus précisément des activités de dogmatique juridique consistant à agencer à la manière d'un dogme les différentes règles juridiques édictées par les pouvoirs publics, à s'efforcer d'en établir une présentation ordonnée, systématique et cohérente, en tâchant de donner des dispositions juridiques en vigueur des commentaires interprétatifs judicieux et rationnels, explicitant toute leur portée, toutes leurs potentialités, éliminant ou réduisant leurs défauts apparents, leurs obscurités, leurs lacunes, leurs contradictions, etc. Cette activité de « doctrine juridique » reste très largement dominante aujourd'hui encore, notamment au plan universitaire. Et c'est elle qui essentiellement a retenu l'attention et fait jusqu'ici l'objet de réflexions théorétiques. Or ces réflexions ont été longtemps encombrées — pour ne pas dire : empoisonnées — d'arrière-pensées idéologiques, moralistes et religieuses qui ont conduit à postuler, en marge et au-dessus des règles juridiques posées par les pouvoirs publics (*jus positivum* ou « droit positif »), l'existence d'un « droit naturel » idéal édicté par Dieu ou même immanent de toute éternité à la nature en dehors de tout acte législatif ; le droit positif humain ne pourrait être considéré comme du droit authentique qu'à la condition d'être conforme à ce droit naturel, d'en être l'exacte copie, d'en reproduire les dispositions — ce qui impliquait donc de la part du théoricien « doctrinaire » d'étranges démarches appréciatives, de qualification ou de disqualification, à l'égard de l'objet même de son activité théorique.

C'est précisément par réaction contre cet ensemble d'idées professées par l'École (ou plutôt : les Ecoles) du Droit naturel que s'est développée à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, sous l'étiquette de « positivisme juridique », une nouvelle pensée théorétique : dans le sillage des nouvelles idées positivistes, il était proclamé la nécessité pour la théorie juridique de ne plus s'égarer sur le terrain des chimères et des démarches douteuses et de devenir dorénavant une activité sérieuse, c'est-à-dire une véritable « science du droit » conforme aux canons positivistes, ne s'occupant que de données tangibles susceptibles d'approche et de vérification expérimentales, donc uniquement de droit « réel » ou droit « positif » : cette dernière notion était entendue d'ailleurs, désormais, d'une manière étrangement ambivalente, renforcée en quelque sorte pour mieux satisfaire au nouveau dogme positiviste de l'expérience, recouvrant à la fois le sens ancien de droit *posé* par les pouvoirs publics et l'idée nouvelle — et plus problématique — de droit *effectif*, effectivement obéi, réalisé, suivi d'effets, de comportements conformes, corroboré pour ainsi dire par la réalité sociale observable<sup>15</sup>. Assez bizarre-

15. « Une théorie scientifique du droit ne peut porter que sur des droits positifs... Le droit positif, c'est-à-dire le droit posé par des actes humains, le droit valable, généralement appliqué et obéi, se présente comme le droit réel » (Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 85 et 147). Sur cette ambivalence de la notion de « droit positif » depuis la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et, plus généralement, sur les incohérences du positivisme juridique, v. mes études « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Rev. Inter. de Phil.*, 1981, p. 460 s., et « Théorie du droit et politique », *Arch. Phil. Dr.*, t. 27, 1982, p. 411 s.

ment, par réaction contre le système de pensée jusnaturaliste, on a conçu à partir de cette époque la dogmatique juridique sur le modèle des activités proprement scientifiques, on a prétendu soumettre le juriste dogmaticien au même statut méthodologique que le savant : son travail devrait être purement objectif, neutre, dénué de tout élément d'appréciation subjective ; il devrait rester à l'égard de la réglementation juridique qu'il étudie dans le même rapport de distanciation que tout savant à l'égard de son objet de spéculation et d'étude ; ses démarches devraient être exactement du même type que celles du savant et aboutir à des propositions théoriques de même nature que les propositions théoriques ou lois formulées par la science.

Ce modèle de la dogmatique juridique - « science du droit » mis en circulation par le positivisme juridique et dont la « théorie pure du droit » de Hans Kelsen constitue la systématisation la plus poussée est toujours dominant à l'heure actuelle malgré son extravagance et son irréalité même<sup>16</sup>. Il donne une image tronquée de la technologie juridique et de l'activité véritable que développe en pratique le juriste dogmaticien : lequel, de toute évidence, ne se comporte nullement comme un savant observant des phénomènes et cherchant à déceler les processus de leur enchaînement ; il n'est pas *homo sapiens* voulant seulement connaître : c'est un artisan ou technicien au second degré s'appliquant à rationaliser des outils, c'est *l'homo faber* réfléchissant sur lui-même, sur ses instruments juridiques, sur sa technique juridique, en vue d'y introduire de l'ordre, de la rationalité, de la perfectionner, de la rendre plus performante. Il ne lui appartient sans doute pas de prétendre, en fonction de ses préférences idéologiques personnelles, que les normes juridiques émises par les pouvoirs publics ne sont pas du droit, du « vrai » droit ; mais il lui incombe, en revanche, dans sa fonction même de rationalisation, non seulement de décrire systématiquement les instruments juridiques en vigueur, mais aussi de les commenter, de les apprécier, de les jauger, de mettre en lumière leur harmonie ou, au contraire, les contradictions, les lacunes et imperfections de toutes sortes qu'ils laissent apparaître, de dénoncer les atteintes qu'ils portent à tels ou tels grands principes sur lesquels il y a un consensus social dominant, ou encore les résultats sociaux malsains auxquels ils conduisent ou sont susceptibles de conduire ; il lui incombe aussi, le cas échéant, de suggérer des solutions plus satisfaisantes, de proposer des réformes, etc. C'est en ce sens qu'on a pu dire que « l'étude théorique du droit et la politique juridique, en dernière analyse, ne peuvent pas être séparées »<sup>17</sup>. Ce travail de réflexion critique, auquel se livre couramment la « doctrine juridique » et qui correspond à sa mission même, n'est en rien comparable à celui du savant.

La théorétique du positivisme juridique aboutit en même temps à donner une image tronquée de la science, de l'activité scientifique, ainsi qu'il ressort par exemple des propos de Karl Engisch cités en exergue : comme si la science pouvait entretenir avec son objet les mêmes étroites relations que le juriste dogmaticien avec le droit ! De même, l'assimilation de la mise en ordre dogmatique de la réglementation juridique à la recherche scientifique des « causes », c'est-à-dire des régularités dans

16. On le voit continuer de s'illustrer dans les ouvrages les plus récents : v., par ex., Christian Atias, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985.

17. Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 315 s.

l'enchaînement des phénomènes<sup>18</sup>, ou encore la confusion du discours dogmatique décrivant la réglementation juridique avec le discours législatif de la science<sup>19</sup> aboutissent à altérer complètement l'image même de cette dernière.

Ajoutons, en dernier lieu, que la vision du droit se trouve également brouillée à travers cette assimilation du juriste dogmaticien à un savant ; les règles juridiques elles-mêmes en viennent insidieusement à être conçues comme des espèces de propositions théoriques. On le voit déjà dans l'étrange postulat selon lequel seules les règles juridiques effectives, effectivement obéies, devraient être tenues pour du droit véritable ou « réel » et prises en considération par la « science du droit » — comme s'il était besoin pour les normes juridiques de recevoir, à la manière des lois scientifiques, une confirmation par l'expérience. Mais cet obscur amalgame avec les lois scientifiques perce encore à bien d'autres égards : ainsi, par exemple, le dogmaticien étant censé soumis, à l'instar de tout savant, au principe de non-contradiction dans les « propositions de droit » qu'il formule, on est conduit à conclure que les normes juridiques elles-mêmes ne doivent pas se contredire, que mis en présence de deux dispositions juridiques contradictoires le théoricien doit les considérer comme nulles et non avenues puisqu'il se mettrait lui-même en contradiction en en reprenant l'économie, en énonçant par exemple tout à la fois que  $x$  est juridiquement tenu de faire telle chose et qu'il n'y est pas juridiquement tenu<sup>20</sup>.

Il conviendrait qu'une réflexion philosophique sérieuse permette enfin de sortir de ces ténèbres, fasse éclater ces miroirs déformants à travers lesquels la technologie juridique se pense elle-même. Sa tâche devrait être, d'ailleurs, non seulement de restituer à la technologie juridique sa véritable identité, mais aussi de montrer ce qu'est ou devrait être une science authentique dans le champ juridique, à savoir une science de l'homme ou anthropologie juridique, étudiant l'expérience juridique des hommes, les différents phénomènes humains d'ordre psychologique et sociologique en relation avec le droit, en vue d'y déceler d'éventuelles régularités occurrenceielles susceptibles de donner lieu à la construction de lois scientifiques<sup>21</sup>. En traves-

18. V., par ex., Kelsen, *op. cit.*, p. 98 s. : « De même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système unitaire, le cosmos, la nature, que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques, générales ou individuelles, posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne deviennent un système présentant une unité exempte de contradictions, en d'autres termes un ordre, que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit. »

19. V., en partic., Kelsen, *op. cit.*, p. 96 s. Le juriste autrichien reconnaît, il est vrai, qu'il existe des différences entre les « propositions de droit » (*Rechtssätze*), par lesquelles la dogmatique décrit la réglementation juridique en vigueur (du type : « Si quelqu'un commet telle action, il est passible de telle sanction »), et les lois formulées par les autres sciences ; il en donne une curieuse explication en introduisant une espèce de dichotomie au sein de la science dont la démarche reposerait tantôt sur le principe de causalité, tantôt — dans le cas de la « science du droit » — sur un autre principe, le prétendu « principe d'imputation » (*op. cit.*, p. 105 s.).

20. Kelsen, *op. cit.*, p. 101 s., et 273 s.

21. Sur ce sujet, voir mon ouvrage *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 369 s., et mes études « Eléments d'une définition de la recherche juridique », *Arch. Phil. Dr.*, t. 24, 1979, p. 297 s., et « Les fondements ontologiques de la théorie juridique », *Arch. Phil. Dr.*, t. 29, 1984, p. 201 s.

tissant la technologie juridique en « science du droit », on occulte au contraire l'existence et l'idée même de cette véritable démarche scientifique qui a pourtant commencé de se développer depuis la dernière guerre mondiale. C'est ce qui apparaît, là encore, de manière particulièrement caractéristique chez Kelsen qui, après avoir accordé la place de la science juridique à la dogmatique juridique, est amené à concevoir la théorie anthropologico-juridique comme une science extérieure au champ juridique lui-même, s'occupant d'un autre objet : « elle se demande de quelle façon des faits économiques, ou des représentations religieuses, influencent effectivement l'action des législateurs et des tribunaux ; ou sous l'empire de quels motifs les hommes accordent leur conduite à l'ordre juridique ou ne l'y accordent pas. Ce n'est donc à proprement parler pas le droit lui-même qui constitue l'objet de cette connaissance, ce sont certains phénomènes parallèles de l'ordre de la nature »<sup>22</sup>.

L'univers des conceptions sous lesquelles on continue encore de nos jours de se représenter communément le droit et les activités de théorie du droit ressemble beaucoup, on le voit, à un univers de mirages, de faux-semblants ; il y a bien, décidément, un besoin prioritaire de réflexion philosophique dans ce domaine de pensée. Il convient à la fois de réapprendre à voir l'inapparent, l'être même de l'étant des choses juridiques, de retrouver dans ce secteur « l'ouverture pour le mystère » dont parle Heidegger<sup>23</sup>, mais aussi de réapprendre à voir les étants eux-mêmes dans la constitution authentique par laquelle ils se déploient et se donnent à notre conscience.

22. *Op. cit.*, p. 142.

23. « Sérénité », in *Questions III*, trad. A. Préau, Gallimard, 1966, p. 178.

*Droits* voudrait être un instrument d'information sur les travaux qui présentent un intérêt au regard de la théorie juridique : non pas seulement des travaux publiés — ouvrages et articles —, dont la *Revue* rendra compte régulièrement dans la mesure où ils répondront à ce critère, mais aussi des thèses soutenues mais non éditées, et même des travaux en préparation : livres, articles, thèses et mémoires, colloques, etc. La rédaction de la *Revue* recevra avec gratitude les informations de ses lecteurs, notamment des auteurs, responsables de centres de recherches, directeurs de recherches individuelles, qui produisent de tels travaux ou ont à en connaître à quelque titre que ce soit, qui lui permettront d'en rendre compte le moment venu, et même de les identifier à un stade plus précoce. Plus généralement, elle sera heureuse de diffuser toute information qui lui parviendra et qui serait d'un intérêt suffisamment général pour des lecteurs soucieux d'une vision théorique des problèmes juridiques.

**On adressera tout livre, document ou information à :**

Institut de Recherches politiques,  
administratives et juridiques (IRPAJ)  
11, cité Charles-Godon  
75009 Paris

## PREMIERS NUMÉROS

1. Destins du droit de propriété  
(mars 1985)
2. Les droits de l'homme  
(octobre 1985)
3. La coutume  
(mars 1986)
4. Crises dans le droit  
(octobre 1986)
5. Fin de la faute  
(mars 1987)
6. La représentation  
(octobre 1987)

### DIRECTEURS

Jean Combacau  
Stéphane Rials

### VENTE ET ABONNEMENTS

Presses Universitaires de France  
Service des Revues  
12, rue Jean-de-Beauvais  
75005 Paris – Tél. (1) 43-26-22-16  
CCP 1302 69 C Paris