

La théorie de la connaissance scientifique en droit et le procès de la métaphysique

Wagdi SABETE *

Université de La Rochelle

RÉSUMÉ. — Le point de vue **rationaliste**, dans les sciences exactes, considère que la réalité est forcément rationnelle sans raison ou, plus précisément : 1. – L'objet que l'on étudie est soumis à des lois qui expliquent tout mais ne s'expliquent pas elles-mêmes. 2. – La raison elle-même s'explique par des raisons qui sont sans raison. La raison la plus puissante s'appuie sur autre chose que la raison. Quel est donc la portée de ce procès intenté par l'empirisme contre la **métaphysique** ? Le rationalisme instrumental de **Kelsen** est susceptible de la même critique. Ici aussi il y a de bonnes raisons pour que la raison cède.

« Tout juriste sait qu'il a fondé un nouveau type de science du droit. Livré au scientisme ambiant, il entreprit de réduire le droit à l'état d'une science positive... Le juriste est neutre ; peu lui importe que ces textes visent la domination de la race germanique sur le monde, l'élimination des bourgeois, ou l'épanouissement des libertés »¹.

INTRODUCTION

Cette citation de Michel Villey trouve tout son sens dans l'esprit qui anime la première partie de sa *Philosophie du droit*, rééditée récemment chez Dalloz et présentée par le professeur François Terré². Le scientisme auquel M. Villey fait allusion se fonde

* 5 avenue du Lazaret, apt. 82, 17000 La Rochelle.
wsabete@aol.com.

¹ Michel Villey, *Philosophie du droit*, réédition Dalloz, 2001, p. 137.

² Voir sa Préface de l'œuvre de M. Villey où il résume très bien l'esprit de l'auteur : « La pensée de Villey, allergique à tout conformisme, est d'autant plus philosophique qu'elle ne craint pas de remettre en cause un certain ordre établi dans ce qui doit garder sans cesse ouverte la porte du progrès », p. VII.

essentiellement sur l'empirisme du positivisme juridique. Les présupposés de cet empirisme scientifique sont le scepticisme et le relativisme.

Cependant, le scepticisme qui fonde le positivisme d'aujourd'hui n'est pas nouveau dans la pensée philosophique européenne. On peut remonter jusqu'au V^e siècle avant Jésus-Christ pour en trouver la figure classique chez Protagoras et Sextus Empiricus. Déjà relativiste, dans *Contre les logiciens*, Sextus Empiricus a considéré l'Homme comme la mesure de toutes choses. Sa perception du monde définit le monde et donc à chacun sa « vérité ». Protagoras disait « Telles t'apparaissent les choses, telles elles sont pour toi. Telles m'apparaissent les choses, telles elles sont pour moi ».

Les relativistes modernes, vingt-trois siècles plus tard, ne risquent pas de dédaigner ce propos, comme si l'origine du relativisme européen remontait aux sophistes. Il n'y a pas donc de réalité transcendante à l'homme. Tout est le fruit de convention. Curieusement c'est aussi la vision de D. Hume³ dont la loi fonde la théorie actuelle de la connaissance scientifique en Droit. Quel est donc l'apport de nos modernes qui pensent que tout est « culturel »⁴ ou ceux qui affirment haut et fort l'impossible universalité des droits de l'homme⁵ ?

À une autre époque les Sophistes étaient des hommes nobles dont la seule référence n'était que l'opportunité de la vie sociale qui serait impossible si chacun faisait ce que bon lui semblerait. Dès lors, un minimum d'ordre et de lois est nécessaire. C'est une question d'*utilité* comme disait Hume quelques siècles plus tard⁶. Ils étaient partisans de la démocratie majoritaire et faute d'un critère objectif de la vérité, celle-ci se décrète désormais par le nombre, mais curieusement encore les « ultra démocrates » en 1789 reprennent la même idée qui devient « sous les auspices de l'être suprême » le principe révolutionnaire « la loi est l'expression de la volonté générale ». Et malgré cet « être suprême », ou bien à cause de lui, l'homme reste incapable d'appréhender la vérité de son être encore moins celle du juste. Une incapacité qui nous rappelle le V^e siècle avant J.-C., où le *logos*, faute d'être manifestation du Vrai, il se réduit à une « belle forme de langage ». Mais, étrangement, les philosophies qui conçoivent la science juridique comme une science qui se fonde sur la philosophie de langage ne sauraient pas contredire cette vision du « vrai » comme étant « une certaine forme de langage ». Le nominalisme, ne peut-il pas aboutir à la même conclusion ?

Mieux encore, l'Homme ne pouvant dépasser le stade de l'opinion, seule l'opinion a la force de s'opposer à elle-même, il s'agit donc *de persuader*, rien d'autre. Or, ce rôle de

³ Voir Hume, *Enquête sur les principes de la morale*, GF-Flammarion, 1991.

⁴ Voir par exemple Edgar Morin, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, Éditions du Seuil « Essais », 1973, p. 185 et s.

⁵ C'est pratiquement le discours dominant aujourd'hui à chaque fois qu'on pose sérieusement la question de l'universalité des droits de l'homme face au particularisme culturel. C'est aussi l'argument classique auquel se heurte le dialogue des occidentaux avec les pays arabes et musulmans lors de nombreux débats portant sur la déclaration islamique du Caire des droits de l'Homme. Voir le texte de cette déclaration, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, N° 4-6, vol. 7 du 23 juin 1995, p. 212-214.

⁶ *Enquête sur les principes de la morale*, déjà cité.

persuasion par l'opinion, les théories de la communication politique s'efforcent à l'expliquer aujourd'hui comme s'il était sa propre découverte.

Certes, toutes ces formes de positivisme représentaient au XX^e siècle le principal mouvement de défense de la science contre l'irrationalisme. Mais leur erreur consiste à vouloir, à tout prix, constituer un langage pur, d'une science pure délivrée de tout élément métaphysique. Par métaphysique les positivistes visaient spécialement certaines formes de métaphysique, telle la métaphysique aristotelo-thomiste qui considère la connaissance de l'être, une science rigoureuse de l'Être ou celle de la philosophie hégélienne qui prétendait fournir un savoir plus élevé que le savoir scientifique. Dans cette lutte contre la métaphysique tantôt légitime tantôt absurde, les théoriciens positivistes du droit ont pris leur partie. Leur exigence empirique portait sur la nature des énoncés scientifiques. Aucun énoncé donc ne serait retenu comme scientifique s'il ne renvoyait pas à des données observables. Et pour être scientifique un énoncé doit être vérifié empiriquement sinon il est dénué de sens. Joignant donc leur critique du non-sens linguistique à leur postulat vérificationniste, certains courants positivistes, écrivait Renée Bouveresse, « allèrent même jusqu'à affirmer que la vérifiabilité empirique était la condition nécessaire du sens d'un énoncé »⁷. Schlick estimait que « la signification de l'énoncé, c'est sa méthode de vérification »⁸, et donc la coupure entre la science et la métaphysique correspond exactement à la coupure entre sens et non-sens.

Il n'est pas étonnant donc que le théoricien néopositiviste fonde sa théorie de la connaissance scientifique en matière juridique sur les deux principes qui inspiraient le positivisme logique dans sa version viennoise : d'une part, *le scepticisme* qui comporte une négation radicale de la métaphysique selon lequel « les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une connaissance scientifique »⁹, et donc tout ce qui ne fait pas l'objet d'une connaissance empirique, vérifiable est exclu de la science. Et d'autre part, *l'empirisme* qui consiste à affirmer que « les jugements de valeur sont l'expression de nos émotions ou de notre volonté et ne décrivent aucune réalité empirique »¹⁰. Par conséquent, seule la certitude qui émane de *la raison expérimentale* (la vérification) est une connaissance objective scientifique. Un tel discours trouve un lien de parenté dans quelques aspects de la philosophie de Hume¹¹, mais aboutit au relativisme défendu par le positivisme de Kelsen¹², qui repose en fin de compte sur le rationalisme moderne auquel on cherche à répondre. Mais le positivisme de Kelsen a aussi pour fondement un certain relativisme moral qui mérite aujourd'hui d'être mise en question. Le dualisme irréductible entre être et devoir-être demeure intact dans la théorie pure de Kelsen. Cette division a été adoptée par les théoriciens positivistes qui suivent Kelsen, simplement celui-ci à la fin de sa

⁷ Renée Bouveresse, *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 1998, p. 55.

⁸ Voir l'article de M. Clavelin « La première doctrine de la signification du cercle de Vienne », *Les Études Philosophiques*, N° 4, 1973.

⁹ Michel Troper, « Le positivisme juridique », *Synthèse*, 1986, numéro spécial, *Philosophie et épistémologie juridique*, p. 191.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Voir la IV^e partie de son ouvrage *L'entendement. Traité de la morale et de la nature humaine*, GF-Flammarion, 1995.

¹² Voir la préface à l'édition américaine de 1945, H. Kelsen, *Théorie générale de l'État et du droit*, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 48-49.

carrière et aux États-Unis, a modifié sensiblement à l'égard de cette question. Cependant, la théorie du droit aujourd'hui n'est pas encore prête à oublier la première version de Kelsen, celle qui se rapproche de la conception de Hume dont la philosophie lui sert de support à la séparation entre être et devoir-être. D'où l'intérêt d'évaluer les incidences de la philosophie de Hume sur la théorie de la connaissance scientifique en Droit.

Les traits les plus répandus de la philosophie de la science moderne qui inspirent la science juridique dans sa version positiviste et qui font l'objet de notre interrogation ici sont donc : le scepticisme, le relativisme, le rationalisme. Les présupposés du positivisme juridique en découlent en toute bonne logique, d'où l'affirmation souvent prononcée dans le discours positiviste du *caractère empirique* de la science du droit¹³.

Faut-il l'avouer dès le début : le procès et la condamnation de la métaphysique par le positivisme philosophique et juridique, c'est d'abord l'espoir d'éliminer la métaphysique.

Notre but ici est d'examiner la position de certains empiristes à l'égard de ce qu'ils appellent « proposition métaphysique dénuée de sens » bannie de toute description scientifique. Il s'agit, dans un premier temps, de vérifier si la pensée dite scientifique était fondamentalement basée sur une connaissance empirique rationnelle ou logique certaine. Sinon, quelle différence y a-t-il donc entre la pensée spéculative discréditée par le positivisme scientifique et la pensée proprement scientifique fondée sur un empirisme radical comme celui de Carnap ? Notre point de départ est donc la philosophie de la connaissance scientifique en tant que fondement de la théorie de la science du droit.

Toute science est constituée à partir de certains axiomes, principes, notions fondamentales. Ils conditionnent l'objet de la science. Peut-on donc admettre que « la science du droit ne soit pas une science complètement autonome, pleinement autarcique ; mais elle *dépend*, quant à ses principes, d'une autre discipline qu'on appelait autrefois architectonique »¹⁴. Voilà ce qu'il faudra vérifier : la théorie de la connaissance qui soutient la science du droit est *suspendue* à un système général de philosophie (I). Dans un second temps, on cherche à démontrer la nécessité d'accepter l'incertitude au sein même de l'empirisme et le procès de la métaphysique intenté par Hume et à sa suite les philosophies sceptiques et rationalistes, entraîne au même titre le procès du rationalisme moderne (II).

¹³ Voir Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF « Léviathan », 1994, p. 40. Ceux qui nient le caractère empirique ils ne nient pas la nature exclusivement positiviste de l'objet de cette science, Voir Otto Pfersmann *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1996, p. 79.

¹⁴ Michel Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, p. 13.

I. — LA THÉORIE DE LA CONNAISSANCE SCIENTIFIQUE
EST FONDÉE À LA FOIS SUR UN SCEPTICISME REDOUTABLE
ET UN EMPIRISME DOUTEUX

Dans un rationalisme sous-jacent à la *théorie pure* Kelsen parle en philosophe du Cercle de Vienne, en utilisant parfois même le langage des philosophes de cette école¹⁵. La science du droit, selon l'optique positiviste kelsénienne, doit se débarrasser de tous les éléments qui lui sont étrangers¹⁶ et donc il faut tourner le dos totalement à la métaphysique. L'objet de la science doit être donc vérifiable. Mais une telle science qui atteint un tel degré de positivité, est obligée de s'inspirer d'une philosophie qui s'adapte à son objectif délibérément scientiste ; une philosophie résolument sceptique. Il s'agit de la philosophie de D. Hume qui n'est pas le seul à faire le procès de la métaphysique¹⁷. Le rationalisme et son avatar, le scepticisme, peuvent-ils fonder jusqu'au bout une théorie de la connaissance scientifique ? À cet égard, deux constats s'imposent : il est indéniable qu'une philosophie bien déterminée fonde aujourd'hui le positivisme empirique moderne. Elle est à l'origine de la théorie de la connaissance scientifique (A). Cette philosophie est incapable d'appréhender l'objet de la science juridique qui n'est pas toujours déterminé, ce qui jette le doute sur l'exactitude de la connaissance empirique de cet objet (B).

A. — *Le choix philosophique
de la théorie scientifique de la connaissance juridique*

Lié essentiellement au nihilisme européen, à la négation de l'être en tant tel, le procès de la métaphysique intenté par de David Hume¹⁸ (et à sa suite tout un courant de scepticisme philosophique antimétaphysique)¹⁹, avait une forte incidence sur la théorie de la connaissance en général, et sur la connaissance scientifique en droit en particulier.

¹⁵ J. Miedzianagora, *Philosophies positivistes du droit et du droit positif*, Préface de Michel Villey, LGDJ « Bibliothèque de la philosophie du droit », 1970, p. 83.

¹⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, traduit de l'allemand par Henri Thévenaz, Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1re édition, 1953, p. 49.

¹⁷ Contrairement à ce qu'on pouvait penser, le présupposé philosophique de Kelsen se rapproche plus du scepticisme et du relativisme de Hume que de la métaphysique de Kant. Voir sur une démonstration de la théorie politique de Kelsen, Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Éditions Kimé, 1997, p. 12-16 ; comp., p. 35-55.

¹⁸ Voir François Chirpaz, *Hume et le procès de la métaphysique*, Beauchesne, Paris, 1989.

¹⁹ Les nietzschéens qui font aussi le procès de la métaphysique affirment que l'individu est auto-souverain et tous les concepts qu'il utilise doivent être créés par lui-même, ils avancent par-là même une idée très peu défendable. Car l'individu n'est pas auto-souverain. Tous les concepts qu'il utilise sont hérités. N'est-il pas vrai que Nietzsche est leur éducateur. Pourquoi avoir honte de son éducateur ou de son maître ? N'est-ce pas Nietzsche qui a suggéré qu'après tout, la conquête de la liberté ne puisse être menée qu'au terme d'une éducation d'un esclave. Il est inutile de souligner le danger de la pensée de Nietzsche si elle devient une source d'inspiration de la philosophie juridique. Voir sur cette question Paul Valadier, *Nietzsche, cruauté et noblesse du droit*, éd. Michalon, 1998.

Sa forme fondamentale est le scepticisme en tant qu'expression du *non-sens*²⁰. Cependant, il n'est pas dans mon intention de défendre dans ce cadre limité la métaphysique contre la critique qu'on lui adressait depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours. Il s'agit simplement dans cette étude de démontrer le choix philosophique partisan de la philosophie actuelle de la science juridique. Or, celle-ci selon la théorie normativiste est fondée sur une dichotomie radicale entre le droit et la morale. Cette séparation qui caractérise le positivisme juridique en général et celui de Kelsen en particulier, repose en fin de compte sur un certain relativisme de valeurs, conception néo-kantienne fort répandue jusqu'à aujourd'hui²¹.

Par souci d'objectivité, j'éviterais de m'appuyer sur les adversaires de l'empirisme. Je me contente donc de faire référence à un empiriste dont les méthodes de vérification de connaissance peuvent nuancer l'orthodoxie du positivisme viennois : Karl R. Popper établit une différence fondamentale entre lui et Hume (dont la loi est le fondement de la science juridique moderne).

Le scepticisme de Hume repose sur l'idée suivante :

Puisque :

(1) L'induction qui fonde les lois scientifiques est non valide du point de vue rationnel ;

(2) Et puisque dans les faits nous fions pour nos actions à l'existence d'une certaine réalité qui n'est pas complètement chaotique ;

(3) Il en découle que cette confiance est, eu égard à (1), totalement irrationnelle ;

(4) Et donc la nature humaine est par essence irrationnelle.

Voilà le raccourci de Hume qui lui permet donc d'affirmer l'irrationalité de la nature humaine qui fait l'objet de son traité et qui fonde avant tout son scepticisme. Il suffit pourtant de constater que (2) ne repose pas sur (1) et comme le réalisme du sens commun²² – le fait de nous fier à l'existence d'une certaine réalité qui n'est pas complètement chaotique – reste indemne de toute critique, il en résulte qu'on n'est pas obligé d'accepter (3) et encore moins (4). Le scepticisme de Hume qui fonde le scientisme moderne, érigé à une valeur suprême par le positivisme juridique avait méconnu deux précautions exigées par Karl Popper :

²⁰ Pier Paolo Ottonello, *Structure et formes du nihilisme européen. Essais introductifs*, traduit par J.-M. Trigeaud et E. Rocher, Éditions Bière « Bibliothèque de la philosophie comparée, Essais », Bordeaux, 1987, p. 17-20.

²¹ Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p. 154.

²² Ce solipsisme est à la fois irréfutable et absurde. Ceux qui le professent vivent comme tout le monde, c'est-à-dire en réalistes : ils posent en pratique que nos sens ne sont pas que des puissances trompeuses. Mettez un solipsiste au cœur d'une bataille de rues. Sa théorie aura beau lui dire que les balles qui sifflent n'existent que dans son esprit, il fera comme tout un chacun, il se mettra à couvert.

1. - Un examen critique vigoureux qui diffère de la logique de l'induction

Popper réclame un examen critique vigoureux. C'est sa critique de *l'induction* qui constitue le centre de son épistémologie. C'est elle qui constitue d'ailleurs la justification centrale du fameux « test de Popper » permettant de délimiter les théories scientifiques et les conceptions métaphysiques. Ce problème de l'induction que Popper pense avoir résolu, n'est que ce qu'il appelle *le problème* de Hume.

Ce problème est exposé dans le *Treatise of Human Nature* (I, III, sect. VI). Puisque nos idées de cause et d'effet dérivent de l'habitude que nous avons, que tel type d'événement soit suivi de tel autre type d'événement et que, par ailleurs, nous n'avons aucune raison absolument convaincante de croire que le futur sera pour l'essentiel semblable au passé, comment la science est-elle possible ? En bon logicien, Popper soutenait que l'induction n'a jamais valeur de preuve. Tous les exemples connus n'épuisent pas tous les cas possibles. En conséquence, disait Popper : Que tous les hommes jusqu'ici aient été mortels ne prouvent pas que je le sois. Depuis évidemment, Sir Popper a fait comme tout le monde : il est mort.

Alors nos certitudes, sur quoi reposent-elles ? Elles reposent sur ce qui est le fondement de toute connaissance et le critérium de la certitude du vrai : *les évidences premières*. L'évidence n'est pas un postulat. On ne la pose pas *a priori*, on la saisit ou on est saisi par elle. L'esprit adhère. Où est donc l'ombre d'empirisme dans ces évidences premières ? Il n'y en a aucune.

Le réalisme ne nous dit pas que la science produit la vérité du monde en soi, mais il postule que la science peut progresser et que ce progrès va vers une connaissance plus vraie du monde. On voit là que ce qui est en cause, c'est une certaine conception empiriste de la vérité scientifique. Popper s'y oppose. Dans ce cadre, il avance une critique judicieuse de Carnap. Celui-ci estime que la science ne doit tenir compte que des théories ou des propositions confirmées à titre définitif par l'expérience. Popper ajoute un nouveau concept relatif au degré de la confirmation de certaines propositions. Il se contente d'une certaine probabilité relative. Il s'appuie sur Tarski pour réhabiliter la conception classique de la vérité comme correspondance de la pensée et des faits avec la nuance suivante : Toute théorie doit être falsifiable, et sera, un jour, falsifiée. Il n'y a pas de théorie vraie, puisqu'un jour ou l'autre on présentera de nouveaux faits expérimentaux qui contredisent la théorie. Il s'agit donc de *tourner son regard vers ces nouveaux faits* susceptibles de contredire la théorie.

En fait, contrairement au scientisme juridique, les savants des sciences physiques admettent bien que lorsqu'ils acceptent la vérité d'une proposition ils acceptent seulement sa vérité approximative ou encore sa vérité probable, mais à aucun moment, sauf certains positivistes radicaux comme Carnap et ceux qui adoptent son épistémologie de néopositivistes kelséniens, les spécialistes de ces sciences ne prétendent qu'une théorie scientifique soit vraie au sens trans-théorique du mot « vrai ». Ils pensent simplement

qu'elle est *utile* ou qu'elle *engendre des prédictions correctes* ²³. Or, la notion de « vérité » donnée par les positivistes dans les sciences physiques n'est pas celle sur laquelle le discours scientifique du positivisme juridique est fondé. C'est là que la démarche de Popper peut intéresser le théoricien du droit car au lieu de partir de *la vérifiabilité* des énoncés juridiques pour conclure qu'ils sont des énoncés scientifiques (le positivisme empirique classique) on peut partir de *la falsifiabilité* pour éliminer les énoncés non falsifiables de la science du droit. Par conséquent, un énoncé scientifique, surtout en droit, *ne peut être vérifié, mais simplement falsifié* : et de ce point de vue, une différence essentielle apparaît entre la science et les systèmes interprétatifs comme la psychanalyse et le marxisme. C'est que les seconds, à la différence de la première, ne sont pas falsifiables, ils ne peuvent qu'être confirmés (comme l'empirisme viennois nous conduit), jamais infirmés ²⁴. En droit, on ne peut exclure aucun événement : revirement de la jurisprudence, abrogation ou annulation de la norme, la création d'une nouvelle norme, qui aurait des incidences sur l'état du droit positif, etc. Or, au lieu de soumettre celui-ci à la confirmation, il faudrait le soumettre à l'examen de falsification.

La science ne doit pas fuir l'erreur mais la provoquer, elle n'est pas « une zone de sécurité » mais d'insécurité. Einstein a accepté de jouer toute sa théorie de la relativité générale sur une seule expérience, lors de l'éclipse du 29 mai 1919, alors que son énoncé, qui consiste à dire que la lumière décrivait une courbe dans le champ gravitationnel d'un corps massif, ne pouvait être vérifié. Cet énoncé est incompatible avec certains résultats possibles d'observation ²⁵. Le positivisme empirique fait crédit aux « observations cliniques » car celles-ci sont des interprétations à la lumière de théories, et pour cette simple raison, elles sont de nature à donner l'impression de confirmer les théories à la lumière desquelles elles ont été interprétées ²⁶. Autrement dit, il fonde sur la perception sensible des théories dont la validité repose sur cette perception sensible alors qu'en effet, on ne peut davantage valider la perception sensible par une expérimentation qui dépend de la perception sensible.

2. - Une position nuancée à l'égard de la métaphysique

Contrairement à Kelsen qui déclare qu'un « abîme insurmontable sépare la science empirique et les spéculations métaphysiques » ²⁷, Popper donne une réponse nuancée et moins catégorique : il n'y a pas d'induction qui engendre la certitude empirique, logiquement parlant, mais une méthode qu'on peut résumer par hypothèse - test - correction qui ne laisse « survivre » que les hypothèses qui passent avec succès les tests. Avec constance, Popper défend une position réaliste stricte, c'est-à-dire une position qui affirme que notre connaissance vise l'existence d'une réalité extérieure à la conscience (ce

²³ H. Putnam, *Explication et référence*, in *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique*, Pierre Jacob dir., Gallimard, 1980, p. 337-363.

²⁴ Voir dans ce sens, Renée Bouveresse, *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 1998, p. 46-47.

²⁵ *Ibid.*, p. 48.

²⁶ Dans le même sens, V. Karl Popper, in Renée Bouveresse, *op. cit.*, p. 49.

²⁷ In Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Éditions Kimé, 1997, p. 53.

qui ne veut pas dire que nous connaissions la chose en soi au sens kantien)²⁸. Et contrairement à l'intransigeance kelsénienne, il introduit une distinction utile : *si les théories métaphysiques sont non testables, elles peuvent néanmoins être rationnellement discutables*²⁹. Il écrit avec justesse que la thèse de Hume selon laquelle « aucun intermédiaire ne puisse exister entre le hasard et le déterminisme ne semble pas seulement dogmatique (pour ne pas dire doctrinaire) : elle est de surcroît manifestement absurde... car il existe manifestement quelque chose comme un savoir partiel ou une ignorance partielle »³⁰. Il considère qu'« il est inadéquat de tracer une ligne de démarcation entre la science et la métaphysique de telle sorte que la métaphysique soit placée à l'extérieur d'un langage doué de signification, comme si elle était dénuée de signification... il ne faut pas (donc) tracer une ligne trop stricte »³¹. L'hostilité idéologique envers la métaphysique manifestée par Wittgenstein, qui remonte à Hobbes et à Berkeley (soutenue par Carnap), a permis d'affirmer une position radicale qui finit par fasciner la quasi-unanimité des théoriciens néopositivistes à la fin du XX^e siècle. Popper il résume bien l'attitude de ses adversaires : « Les propositions métaphysiques sont des propositions dénuées de signification : toute expression linguistique qui prétend être une assertion est, soit douée, soit dénuée de signification ; et ceci non par convention, mais à titre de fait réel, par nature, tout comme une plante est verte en fait ou par nature, et non en fonction de règles conventionnelles... Donc une suite de mots était dénuée de signification si l'un des mots composants était dénué de signification... si quelqu'un souhaite dire quelque chose de la métaphysique, il faut lui démontrer qu'il n'a donné aucune signification à certains signes dans ses propositions »³².

Son souci de l'objectivité l'oblige à reconnaître, que cette thèse de l'absence de signification est intenable. Elle « était fondée sur une conception naïve du problème de la signification, que... à cause de leur désir fébrile d'éliminer la métaphysique, les défenseurs de cette théorie n'avaient pas remarqué qu'ils jetaient toutes les théories scientifiques dans le même panier... puisque certaines d'entre elles fournissent des énoncés métaphysiques »³³.

On voit là encore la différence entre l'orthodoxie positiviste empirique et le réalisme popperien. Car, inviter la pensée à ne prendre en compte que les énoncés cognitifs, c'est limiter à l'avance la portée de l'interrogation philosophique sur cette science. Peut-on admettre que la science du droit n'ait d'autre objet, ni d'autre souci, ni d'autre nature, que la norme, la validité et l'empirisme ? La spécificité des énoncés juridiques qui prescrivent un devoir-être de la conduite humaine nous oblige à appliquer une autre méthodologie plus ouverte comme critère de la scientificité des énoncés juridiques. Qu'on le veuille ou non, la science du droit devrait être capable d'appréhender la signification morale voire métaphysique de certaines normes à l'aide de la philosophie. Certains

²⁸ C'est là où l'empirisme de Kelsen diverge totalement avec celui de Popper.

²⁹ Voir son ouvrage *La connaissance objective*, traduction française et préface de Jean-Jacques Rosat, Champs-Flammarion, 1991.

³⁰ *Ibid.*, p. 348.

³¹ Karl R. Popper, « La démarcation entre la science et la métaphysique », in *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique*, Pierre Jacob dir., Gallimard, 1980, p. 137.

³² Karl R. Popper, « La démarcation entre la science et la métaphysique », déjà cité, p. 141.

³³ *Ibid.*, p. 140.

énoncés sont chargés de sens : la dignité humaine, le procès équitable, la bonne foi. Quant aux objections formulées par le positivisme contre la métaphysique et la morale, elles trouvent leur réponse encore une fois chez Popper dont les critiques contre cette forme de positivisme se résument en ceci :

1. - Le critère de la vérifiabilité manque son but, car les énoncés métaphysiques n'excluent aucun événement et pour statuer sur leur validité il faut avoir scruté l'infinité de l'univers. L'erreur du positivisme selon Popper est d'avoir cédé à un préjugé inductiviste non fondé (erreur scientifique en soi). Il n'a pas perçu le fossé infranchissable entre la formulation ou la description des lois d'une part et l'observation que nous faisons de ce que nous décrivons d'autre part.

2. - La scientificité pour Popper n'est pas une question de *faits*, mais une question de *méthode*. La conception de Carnap, et celle de Kelsen, postule que la scientificité d'un discours est *une donnée de fait*, qui n'a qu'à se constater et qui tient à ses caractéristiques logiques. Alors que pour Popper la science ne peut se contenter d'être l'utilisation sans effort d'un instrument donné, elle exige l'adoption d'une attitude méthodologique (d'où l'erreur méthodologique du positivisme empirique classique contesté par Popper). Car la science empirique est caractérisée par sa méthode. Celle-ci repose sur un choix délibéré philosophique qui précède et prédétermine la théorie de la science.

3. - Il est inacceptable de confondre le critère de démarcation entre science et non-science avec le critère de séparation entre sens et non-sens. Car si seules les affirmations empiriques ont un sens, le discours de ceux qui discutent du sens, ne faisant partie d'aucune de deux catégories, est lui-même non signifiant et ainsi le positivisme se détruit lui-même³⁴ (une contradiction inhérente au positivisme rationaliste).

Le réalisme de Popper admet bien donc *trois mondes*³⁵ : le monde des objets matériels physiquement observables, le monde des états mentaux, et le monde des idées. Produit de l'esprit humain, le monde des idées est parfaitement objectif³⁶. Ainsi Popper consomme la rupture avec l'empirisme viennois en donnant une dimension ontologique à sa conception de la connaissance. Seule l'étude des relations causales entre ces trois mondes peut rendre compte du progrès scientifique³⁷.

Or, l'erreur du scientisme juridique est peut-être là : bannir tout un monde d'idées du royaume de la science du droit alors que la compréhension et l'interprétation (*l'herméneutique*) relèvent de ce troisième monde³⁸ dont nous parle Popper. Car « toute interprétation est une sorte de théorie, et comme toute théorie, elle est ancrée dans d'autres théories et dans d'autres objets du troisième mode, et ainsi, on peut soulever et discuter le problème des mérites d'une interprétation et sa valeur pour notre compréhension »³⁹. Cette thèse conduit Popper à admettre ce que l'orthodoxie positiviste traditionnelle de

³⁴ Renée Bouveresse, *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 1998, p. 46.

³⁵ *La connaissance objective*, déjà cité, p. 17.

³⁶ *Ibid.*, p. 249.

³⁷ *Ibid.*, p. 246-249.

³⁸ *Ibid.*, p. 256.

³⁹ *Ibid.*, p. 258.

Carnap a toujours refusé : il s'agit d'un *acte subjectif de connaissance* ⁴⁰. Un énoncé scientifique ne peut être totalement vérifié. « Aussi nombreux que soient les exemples qui le confirment, on peut toujours trouver une autre théorie qui rende compte également de ces mêmes faits et jamais une théorie ne peut espérer avoir atteint un état tel qu'elle ne pourrait plus être mise en question » ⁴¹.

Pour faire son autocritique à la lumière de cette critique de K. Popper, la première question qu'un scientifique rationaliste devrait se poser est la suivante : quelle est la portée de la raison expérimentale dans la théorie de la connaissance pour qu'on s'y fie autant ? Et plus spécialement, quel est l'apport de l'empirisme à l'identification de l'objet de la connaissance juridique ? Une question candide certes, mais, comme toutes les questions candides, elle peut avoir une portée décisive.

B. — *L'indétermination de l'objet de la science juridique*

Le positivisme empirique nous enseigne que les propositions descriptives contenues dans le discours scientifique doivent avoir un caractère *cognitif* sinon ils n'auront aucun sens. Une théorie de la science juridique ne peut être donc qu'une *théorie empirique* de la science du droit. Une science dont le fondement philosophique est le positivisme ; l'instrument est le rationalisme, et la nature est l'empirisme moderne, son objet doit être donc connaissable ⁴², déterminé, et précis, d'où la certitude scientifique, sinon toute entreprise spéculative et sceptique à l'égard de ce discours serait justifiée. Si la tâche de la science consiste à décrire les normes du droit positif en vigueur, elle comporte par-là même une difficulté majeure : La *compréhension* du discours normatif qui précède la description et l'*explication de ce discours*. Car toute description des normes se réalise en ces deux termes : *compréhension* et *explication*. La thèse de la falsifiabilité de Popper ⁴³, est fondamentalement antipositiviste, si nous entendons par « positivisme » une conception qui :

1. - Fait de la science un discours certain (parce qu'elle repose sur l'observation) et précis (parce que ses énoncés sont dotés d'une signification vérifiable).
2. - Considère qu'il y a une rupture radicale et irréductible entre les énoncés scientifiques et les énoncés philosophiques.

Et à l'instar de Popper, on peut penser que certains énoncés scientifiques, surtout en droit, ne sont ni certains ni précis. Ils ne reposent ni sur une observation objective ni sur une connaissance empirique mais simplement sur une *confiance raisonnable*. Ils ne sont donc que des hypothèses *d'un certain degré de validité* qui restent entièrement falsifiables. Par-là même, les énoncés dits scientifiques n'ont rien de plus « vrai » qu'un

⁴⁰ *Ibid.*, p. 258.

⁴¹ V. Renée Bouveresse, *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 1998, p. 46.

⁴² V. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, déjà cité, p. 35.

⁴³ Wagdi Sabète, « La théorie du droit et le problème de la scientificité – Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste », *Arch. phil. droit*, t. 43, 1999, *L'immatériel*, p. 303-326.

énoncé philosophique qui doit être, lui aussi, pris au sérieux, ne serait-ce que pour sa contribution à la solution des problèmes méthodologiques.

La seule préoccupation de la science du droit, du point de vue du positivisme juridique est la description des normes valides. Quant à la théorie de cette science, elle se contente de *décrire objectivement les propriétés de ce système* qui se caractérise par la validité de ses normes. Or, l'objet fixé à l'avance par le normativisme kelsénien est la norme juridique. Encore faut-il que cet objet soit déterminé et connaissable scientifiquement (1). Pour cela il faut établir la division qui sépare la science du droit, selon le discours positiviste, du droit lui-même. Mais il faut également, c'est ici que réside tout le problème, que cette description soit objective portant sur la réalité telle qu'elle est (2).

1- L'objet de la science du droit public (la norme et donc l'ordre normatif) est en perpétuelle mutation

Pour le constitutionnaliste, il existe une science du droit constitutionnel dont l'objet est en modification⁴⁴ permanente, à la fois, par la volonté discrétionnaire du juge constitutionnel⁴⁵ (auteur authentique de la normativité constitutionnelle), par la volonté discrétionnaire du Conseil d'État qui commence lui aussi à édicter des principes de valeur constitutionnelle supérieurs aux traités (acteur authentique de la normativité constitutionnelle) et par les organes (les pouvoirs publics) qui assurent l'application des dispositions constitutionnelles. La *normativité constitutionnelle* censée conférer la *juridicité* à l'ensemble de l'ordre juridique⁴⁶ selon le normativisme kelsénien est donc incertaine et dépourvue de toute détermination empirique. Elle est aléatoire et dépendante du pouvoir discrétionnaire des juges constitutionnel et administratif. Cela n'enlève rien pourtant au caractère juridique de toutes les normes inférieures qui préservent leur caractère juridique non pas par la force de la logique normativiste mais par le simple fait que ces normes soient insérées dans un système normatif qu'on considère juridique et donc obligatoire. D'ailleurs, en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité des lois, la doctrine pourra toujours parler du code civil et du code pénal comme règles du droit positif dont la juridicité ne peut être mise en doute, comme si cette juridicité ne dépendait absolument d'aucune norme supérieure. En quoi donc la Constitution confère une *juridicité* aux normes inférieures ?⁴⁷ D'ailleurs, non seulement la norme, objet de la science chez Kelsen, est indéterminée, mais aussi le contour du système juridique auquel elle appartient est également indéterminé. Son flou, son imprécision et sa désorganisation, montrent bien à quel point l'ordre juridique est un ordre désordonné⁴⁸.

⁴⁴ Voir sur cette analyse Olivier Cayla, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Conseil constitutionnel, LGDJ, 1999, p. 125.

⁴⁵ Voir par exemple : la décision du 16 juil. 1971.

⁴⁶ Olivier Cayla, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », déjà cité, p. 127.

⁴⁷ Voir sur la mise en cause du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Guillaume Drago et Nicola Molfessi dir., Economica, Études juridiques, 1999. V. spécialement l'article de Philippe Malaurie, « La nécessité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel »

⁴⁸ Voir pour une démonstration plus approfondie : Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF « Voies du droit », 1988, p. 135 et p. 240.

Voici quelques exemples : les principes généraux du droit administratif qui disposent d'une valeur infra-législative ont été consacrés comme principes de valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel. Sans modifier pour autant leur contenu, ils étaient invocables devant le juge administratif en tant que normes de valeur infra-législative⁴⁹. Le Conseil constitutionnel avait énoncé que les PGD étaient soumis aux lois qui pouvaient les écarter ou y déroger⁵⁰.

Le théoricien, comment décrit-il, donc, sur une base empirique solide, le mouvement de la « *redéfinition* »⁵¹ de ces principes (PGD) sous forme de principes constitutionnels ? Comment déterminer l'autorité normative de ces principes ? Selon quel critère s'imposent-ils aussi bien au pouvoir réglementaire qu'au pouvoir législatif ? Le même principe (en tant que contenu matériel) s'impose tantôt en tant que principe constitutionnel et tantôt en tant que principe général du droit administratif. Comment décrire sa valeur juridique exacte s'il s'agit du même contenu ? Le professeur Franck Moderne pose la même question en ces termes : « quels sont les effets juridiques de l'onction ainsi donnée par le juge constitutionnel aux principes généraux du droit administratif ? » Il répond : « En définitive, ils sont relatifs si l'on excepte l'inconvénient d'une lecture devenue plus difficile de notre ordre juridique et le désagrément qu'entraîne toujours une divergence entre nos juges pour les usagers du droit »⁵². C'est justement cette *lecture difficile* de l'ordre juridique qui pose un problème au moment de la description. Car souvent la difficulté relève plus de l'indétermination de l'objet de la description que de la description elle-même.

Le même problème se pose avec plus d'ambiguïté quant aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* depuis que le juge administratif, lui aussi, s'est estimé « *souverain* » pour « *découvrir* » des nouveaux principes en leur donnant une valeur constitutionnelle⁵³. Rappelons également que les conclusions du commissaire du Gouvernement Larsy sur l'arrêt *Amicale des Annamites de Paris*, du 11 juillet 1956, montrent bien son refus de faire figurer la liberté d'association au nombre des PFRLR au motif que cette formule est d'une « *imprécision totale* »⁵⁴. Pourtant une telle imprécision n'a pas empêché les juges, constitutionnel et administratif, d'invalider des normes à cause de leur contrariété à ces principes dont personne ne soupçonne, avant l'intervention du juge, ce que serait leur contenu. Autrement dit, l'existence même de ces principes en tant que norme de référence n'est pas identifiée avant la décision juridictionnelle. Et

⁴⁹ R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, 1966, chron. p. 99.

⁵⁰ Déc. N° 69- 55 L du 26 juin 1969, *Protection des sites*, *Rec. Cons. Const.* p. 27 ; et déc. n° 94-352 du 18 janv. 1995 *Vidéosurveillance*, *Rec. Cons. Const.*, p. 170.

⁵¹ Franck Moderne, « Actualité des principes généraux du droit » in *Les règles et principes non écrits en droit public*, Pierre Avril et Michel Verpeaux dir., Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. 51.

⁵² *Ibid.*, p. 56.

⁵³ Voir l'arrêt *Koné* du 3 juil. 1996 et ses commentaires : L. Favoreu, *RFDA*, 1996, p. 882 ; F. Julien- Laferrière, *D.* 1996, p. 509.

⁵⁴ Cité par Bruno Genevois, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » in *Les règles et principes non écrits en droit public*, déjà cité, p. 24.

même après l'intervention créatrice du juge constitutionnel, nul ne peut affirmer que ces principes en tant que normes juridiques valides s'imposent au juge administratif, puisque rien n'empêche le Conseil d'État d'aller à l'encontre du juge constitutionnel dans la confirmation ou l'infirmité de ces principes. Comment peut-on décrire donc la valeur des PFRLR dans l'ordre juridique si elles ont un contenu aussi variable et une autorité si aléatoire ? Si tous les juges de la République s'estiment souverains et donc ils disposent d'une liberté totale d'invoquer ou de ne pas invoquer ces principes, comme la théorie réaliste d'interprétation le prétend, nul ne peut empêcher le juge de la loi de s'opposer au contenu de ces principes en s'appuyant sur un texte législatif qui leur serait contraire. La question s'adresse spécialement au Conseil d'État, mais aussi et au même titre au scientifique qui entreprend la description des normes juridiques appliquées en déterminant leur valeur normative et l'effet de cette normativité devant les différentes juridictions nationales et européennes. Faut-il évoquer, au même titre, le fameux exemple du Préambule de 1946 et la position de l'ancienne doctrine publiciste à son égard ?

Si l'on quitte le stade de la description des normes afin d'examiner la pertinence de la démarche descriptive en ce qui concerne le rôle de certaines institutions dans la production normative, que pouvons-nous trouver ? Encore une vaste question sans réponse : y a-t-il une erreur d'interprétation ou un simple constat objectif lorsqu'on parle par exemple des théories qui légitiment l'action de la justice constitutionnelle⁵⁵. Quelle est la part de la scientificité, et donc de l'objectivité⁵⁶ dans les différentes théories de l'interprétation ? Les partisans de chaque théorie affirment, chacun pour sa part, le bien fondé de sa position. Pourtant, ils sont censés décrire les mêmes processus. Une telle difficulté nous met à la limite des frontières entre le droit et la science du droit pour ne pas dire que la théorie scientifique de chaque partie dépendrait des présupposés de son positionnement philosophique.

2- La description objective est-elle possible sans recherche de la compréhension ?

Si le fait de décrire la norme relève de l'activité scientifique, on peut considérer le Recueil *Lebon* comme la meilleure œuvre scientifique de tous les temps. Et si la distinction entre droit, science du droit et philosophie du droit a encore une quelconque portée, c'est bien celle-ci : nous renvoyer au sens et au contenu des normes que nous sommes en train de décrire. Or, toute description des normes est précédée par une compréhension. Et précisément cette phase implique de faire appel à la philosophie du droit sinon à d'autres disciplines.

La pratique de la description dans les sciences nous impose de déployer les horizons impliqués dans l'objet décrit. Il s'agit comme disait Husserl dans *La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale* § 46 de se donner pour une exigence

⁵⁵ En l'occurrence, nous avons au moins deux théories en la matière : celle de *La démocratie continue* de D. Rousseau, LGDJ, 1995, et celle du « juge co-législateur » de Michel Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », chapitre XXI de son ouvrage *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF « Léviathan », 1994, p. 329-346.

⁵⁶ Voir notre article sur l'objectivité des théories positivistes « La théorie du droit et le problème de la scientificité. Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste » déjà cité, p. 303-326.

un savoir complet et une description pleine. Or, le choix de l'objet qu'on perçoit « au repos » n'est pas exactement le même lorsque cet objet est vécu dans la vie quotidienne, c'est-à-dire en mouvement. Husserl donne ici aux juristes une leçon de méthodologie des sciences : il dit que l'attitude critique qu'une activité scientifique requiert ne consiste pas à décrire à l'aveugle, mais en ayant toujours présent à l'esprit une hypothèse de compréhension d'un phénomène. Également, ajoute Husserl, la description n'est jamais pure au sens où elle serait indemne de toute dimension d'explication interprétative.

Selon Kant « l'office de la science juridique est de répondre à la question suivante : quelle est la solution de droit ? Ce qui signifie : quelle est la solution conforme au texte des lois positives ? Tandis que relève de la faculté de philosophie le second problème : qu'est le droit, comment le définir ? »⁵⁷. Cependant, Michel Villey critique cette vision qui taille la part trop large aux philosophes car, selon lui, la science du droit suppose une certaine conception du droit, de son objet et de ses sources. Or, il faut soumettre ces conceptions de temps à autre à l'examen⁵⁸. C'est l'office de la philosophie⁵⁹. La distinction actuelle entre droit et science du droit traduit la même rupture entre être et devoir-être, mais elle exprime aussi une vision unique de la science juridique qui fait d'elle une science positiviste du droit. Or, la vraie question qui devrait se poser est la suivante : comment fonder une science empirique sur une seule théorie dont les présupposés sont irréfutables ?

En revanche, à l'instar des affirmations des sciences de la nature, le projet avoué du positivisme logique durant la première moitié du XX^e siècle est toujours le même : construire une science du droit selon un modèle inspiré des sciences de la nature. « Cette science du droit pouvait seulement avoir pour objet le droit positif, c'est-à-dire les normes en vigueur et non pas les représentations qui constituent la justification de leur contenu matériel »⁶⁰. Car celles-ci sont considérées comme *des propositions métaphysiques*⁶¹. Bien qu'il soit difficile de comprendre pourquoi le contenu matériel de la norme est considéré forcément comme *proposition métaphysique*, la question cependant est tout autre : que pouvons-nous connaître empiriquement en science du droit ? Que pouvons-nous décrire exactement ? Que pouvons-nous considérer comme *vrai* avec certitude empirique ? Le juriste qui se dit scientifique peut-il décrire objectivement le réel d'un système aussi ambigu que le système juridique français ?

Michel Troper justifie la distinction kelsénienne entre droit et science du droit. Il a écrit : « Le droit est composé de normes, qui ordonnent, interdisent, et permettent certaines conduites. Ces normes, étant prescriptions, ne peuvent être ni vraies ni fausses. Quant à la science du droit, elle se distingue absolument du droit. Elle ne comporte pas de normes, pas de prescriptions, pas de jugement de valeur, *mais des propositions qui décrivent les normes et qui, par conséquent, sont susceptibles d'être vraies ou fausses et dans certaines versions du positivisme, vérifiables empiriquement... tandis que la science*

⁵⁷ Cit. in Michel Villey, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁹ Voir sur cette question Karl Popper, *Science et Philosophie*, Renée Bouveresse et Hervé Barreau dir., Actes du colloque de Strasbourg, Vrin, 1991.

⁶⁰ Michel Troper, « Le positivisme juridique », *Synthèse*, 1986.

⁶¹ Michel Troper, « Le positivisme juridique », *Synthèse*, 1986, numéro spécial, *Philosophie et épistémologie juridique*, p. 187- 204.

du droit décrit des normes juridiques en vigueur, la théorie générale décrit les propriétés du système juridique en général »⁶².

Cependant, à aucun moment, les défenseurs de cette distinction ne nous expliquent quel est le critère de la vérité d'un énoncé et selon quelle base il est retenu comme scientifique. Comment est-elle vérifiable ? Puisqu'on a accepté que la science du droit soit à l'image des sciences de la nature, il faut donc qu'elle soit soumise au même critère et à la même rigueur. Par conséquent, on doit appliquer les critères empiristes suivants sur les propositions affirmées par la science juridique : un des principes de base de l'empirisme dit qu'un énoncé constitue une assertion ayant une signification cognitive ou encore qu'il peut être dit vrai ou faux, si et seulement si :

1. - Il est analytique ou contradictoire.
2. - Il est susceptible d'être confronté à un test expérimental.

Ces deux critères⁶³ ne s'appliquent pas obligatoirement, tous les deux, à un certain nombre de propositions que les juristes considèrent comme vraies sans l'ombre d'un doute. Car pour certaines d'entre elles, le test expérimental dit la chose et son contraire. Les exemples illustrent le propos.

1.- La proposition : *le traité est supérieur à la loi* est-elle scientifiquement vraie ou plutôt encore s'agit-il ici d'une *proposition métaphysique* ? Que signifie une telle *supériorité* ? Elle peut signifier *la priorité d'application* en cas de conflit des normes, mais une telle priorité d'application ne signifie pas forcément une supériorité hiérarchique absolue qui donnerait la validité aux normes inférieures comme l'article 55 l'avait reconnu. Y a-t-il un constat empirique ou une simple erreur d'interprétation donc lorsqu'on parle de la supériorité du traité à la loi avant la jurisprudence *Nicolo* puisque le principe de la supériorité était reconnu depuis 1958 dans l'article 55 de la Constitution ? Comment peut-on prouver cette supériorité au regard la jurisprudence du 15 janvier 1975 qui affirme ceci « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la constitution », puisqu'une loi contraire à un traité est nécessairement contraire à l'article 55 de la Constitution⁶⁴ ? Si le théoricien scientifique affirme la *supériorité hiérarchique absolue* d'un traité sur une loi comme *proposition vraie*, comment peut-il expliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel lorsque celui-ci oppose, dans sa décision *IVG* en 1975, le « caractère, à la fois, relatif et contingent » du traité au « caractère absolu et définitif » de la loi ? Comment peut-on décrire objectivement le rapport entre la loi et le traité ? L'article 55 pose le principe de la supériorité absolue du traité sur la loi et ce principe constitutionnel n'a rien de contingent (ni de relatif). Ce qui pourrait être relatif et contingent est le traité lui-même et non pas le principe constitutionnel de sa supériorité sur la loi. Celui-ci est aussi absolu et définitif que le principe de la supériorité de la Constitution sur la loi (dégagé de l'article 61 de la constitu-

⁶² Michel Troper, « Sur la théorie juridique de l'État », *Le Débat*, 1993, N° 74, p. 90.

⁶³ C.G. Hempel, « Les critères empiristes de la signification cognitive : un problème de changement », in *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique, op. cit.*, p. 63.

⁶⁴ Voir sur cette question Denys de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) » *RFDA*, 1998, n° 2, p. 233.

tion)⁶⁵. Mais justement la constitution est-elle toujours supérieure à la loi ? Comment peut-on affirmer cela comme une proposition vraie si le Conseil d'État applique si fréquemment sa théorie de « la loi écran »⁶⁶ ? Quel est donc la proposition que la science du droit peut présenter comme absolument vraie ? L'activité scientifique consiste donc à dire une fois de plus les mêmes phrases du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État sans les *expliquer*⁶⁷ ? Quelle lecture donnera-t-il au statut des traités dans l'ordre juridique français mais aussi dans l'ordre juridique communautaire ? En faveur de quel ordre juridique tranchera-t-il le problème de la supériorité des traités ? Et si l'on intègre dans notre lecture de l'ordre juridique français l'ordre juridique communautaire quelle solution de droit donnera-t-on au problème sans esprit partisan ?

Force est de constater que le juge ordinaire a interprété pendant longtemps la norme qui pose le principe de la supériorité des traités sur la loi comme impliquant l'inconstitutionnalité d'une loi contraire à un traité. De cette interprétation, il en inférait que, n'étant pas juge de la constitutionnalité des lois, il ne pouvait pas écarter une loi contraire à un traité. Aujourd'hui, le juge ordinaire retient une autre signification de cette « entité idéale » de la supériorité des traités par rapport à la loi : inspiré de la position du Conseil constitutionnel de 1975 (IVG), il considère qu'elle n'implique pas l'inconstitutionnalité d'une loi contraire à un traité car même en contrariant celui-ci, la loi ne méconnaît pas forcément la supériorité du traité. Mais est-ce que le juge considère que l'inconstitutionnalité est commise par lui-même lorsqu'il ne tire pas toutes les conséquences de l'inconstitutionnalité d'une loi en s'abstenant de l'écarter ? Autrement dit, avant 1975, le juge ordinaire pensait que l'article 55 de la Constitution (qui est l'expression d'une entité idéale) s'adressait au législateur. Depuis 1975, influencé par le Conseil constitutionnel, il change de position. Changement de regard, changement de perception. L'impossibilité de décrire empiriquement les normes sans faire œuvre d'explication, d'interprétation et de jugement de valeur est la difficulté à laquelle se heurte toute tentative de description. La science du droit ne porte donc pas sur une matière empiriquement saisissable, à moins que l'impensable soit vrai ; à moins qu'on adopte une conception expressive du droit qui consiste à dire que la norme n'est rien d'autre que l'acte de volonté du juge. Mais à ce moment-là, on tombe dans le fatalisme de la théorie réaliste de l'interprétation et l'on n'a plus qu'à s'abonner aux chroniques jurisprudentielles périodiques en pensant faire de la science du droit : est droit, donc selon cette perspective, le fruit de la volonté du juge qui s'est exprimé en dernier. Mais si le juge ne s'exprime pas sur une question, comment trouver la solution empiriquement et donc scientifiquement correcte (surtout dans un ordre juridique qui ne devrait souffrir d'aucune lacune selon Kelsen lui-même) ?

2. - Autre exemple : un scientifique, fidèle à l'objectivité kelsénienne, comment aurait-il décrit la norme contenue dans la décision du Conseil constitutionnel *Maastricht*

⁶⁵ Olivier Cayla, « Lire l'article 55. Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 7, 1999, p. 86.

⁶⁶ Voir notre note « L'écran de la loi et la figure de la Constitution », *Dalloz*, 1997, p. 290.

⁶⁷ Il s'agit de trois formes d'explication : significationnelle, démonstrative, et fondatrice.

Il en 1992 ? Existe-t-il des limites à l'exercice de la fonction constituante comme le Conseil constitutionnel l'affirme ? À vrai dire, nous avons besoin d'un *interprète authentique* pour statuer sur la décision du juge constitutionnel français considéré lui-même comme un interprète authentique. La décision jurisprudentielle ne relève pas de la science du droit mais la norme qui y est contenue relève de cette science. Donc, décrire les considérants du Conseil constitutionnel dans cette décision sans parvenir à connaître exactement la signification des termes « sous réserve, et dans les limitations... le pouvoir constituant est souverain », relève de la science du droit ! Selon quel test expérimental peut-on s'assurer de la vérité de ces énoncés, de leur signification cognitive et empirique ? Selon le positivisme kelsenien, la doctrine n'est pas une autorité d'interprétation authentique et son opinion ne constitue pas une solution de droit positif, scientifiquement constatée. Quant au juge, en ce qu'il pose comme acte, il n'exerce pas une activité scientifique ! Peut-on donc comprendre à quoi sert la description de ces énoncés par la science du droit si elle ne nous aide pas à comprendre l'état réel du droit positif ? L'acte de compréhension de cette décision doit se fonder sur d'autres démarches au cours desquelles le scientifique (du moins celui qui s'estime ainsi) se livre à une activité d'interprétation et, éventuellement, à un jugement de valeur dans son interprétation du réel.

Le théoricien juriste ne se contente pas de paraphraser la jurisprudence ou les articles des codes, il exerce *essentiellement*, une activité de *compréhension*, ensuite une *activité d'explication*. La description des normes du droit positif s'analyse donc en deux étapes : une *compréhension d'un contenu*, ensuite une *explication de ce contenu* par rapport aux autres normes valides qui entrent avec les normes décrites dans un rapport de dépendance ou d'engendrement.

La description n'est pas donc une description vide. C'est tantôt une description explicative, c'est-à-dire une description qui donne un sens (ou une *signification*), tantôt une explication qui fonde la norme en cherchant ses fondements non immédiatement perceptibles dans un système des normes complexe (une *explication fondatrice*) et, enfin, une explication qui démontre les effets des normes, leur autorité ou leur portée normative par rapport à d'autres (*explication démonstrative*). Dans tous ces cas, on ne se contente pas de décrire le réel, mais on exerce une activité créatrice dans la mesure où le descripteur pose un *jugement de fait* qui n'est que sa *lecture* d'une *écriture évaluée en terme de valeur*. Les exemples traités précédemment montrent bien l'absurdité de la thèse de « *la description objectivement empirique* ».

De quoi donc pouvons-nous être scientifiquement sûrs ? Ou sont les preuves que nous offre l'orthodoxie positiviste dans les choix théoriques ? On peut exprimer bien des doutes au sein même des théories, dites scientifiques, car les conclusions auxquelles parviennent ces théories nous expliquent bien des choses mais elles-mêmes ne s'expliquent pas. Et la théorie de la connaissance scientifique qui a fait tout au long du XX^e siècle le procès de la métaphysique devrait aujourd'hui faire le procès du rationalisme, surtout après l'échec de l'entreprise de Carnap de renverser la métaphysique⁶⁸ avec sa théorie naturaliste.

⁶⁸ Popper le reconnaît avec franchise : « La théorie de l'absence de signification se révéla indéfendable et il en résulta une doctrine aussi destructrice de la science que de la méta-

II. — LES DEUX PROCÈS
DE LA THÉORIE DE LA CONNAISSANCE SCIENTIFIQUE :
LE PROCÈS DE LA MÉTAPHYSIQUE ET LE PROCÈS DE LA RAISON

La question qui se pose au scientisme juridique est la suivante : la science du droit peut-elle être pensée sans une éthique des valeurs ? La description, objet central de l'activité scientifique, ne va pas sans compréhension, sans explication. La démarche descriptive, peut être à la fois *explicative*, *démonstrative* et *fondatrice*⁶⁹. La nature de l'activité scientifique nous impose cette démarche. Or, la conception de Carnap reprise par le positivisme scientifique selon laquelle, « pour qu'une phrase possède une signification, elle doit être complètement vérifiable »⁷⁰, est une méthodologie inadaptée à la science juridique car la vérification effectuée par des moyens qui ne sont que la raison expérimentale est inapte à appréhender le sens d'une disposition juridique. Or, on ne peut suivre cette logique dans la science juridique dont les normes ont pour objet des idées et des comportements, non soumis à la vérifiabilité par nature, mais susceptibles de plusieurs interprétations.

Deux excès, écrit Pascal, « exclure la raison, n'admettre que la raison ». D'un côté, l'irrationalisme ne saurait justifier une théorie qui se veut scientifique sans savoir expliquer son fondement. La raison, appuyée sur *les évidences premières*⁷¹, a sa validité. Elle donne à connaître bien des choses même si l'essentiel lui échappe. D'un autre côté, le rationalisme discrédite toute autre faculté de connaître, par-là il se détruit lui-même. La raison est impuissante à rendre raison d'elle-même, elle laisse sans réponse toute question vitale. Le rationaliste n'a rien à répliquer à celui qui affirme que le sens de la règle juridique est de créer un système de contrainte basé sur le monopole de l'usage de la force ou sur l'autorité arbitraire des pouvoirs étatiques, y compris le pouvoir de torturer autrui⁷², à moins qu'il ne fonde sa réponse sur une autre source que la raison. Qui ne connaît pourtant la réponse ?

L'opposition entre le rationnel défini par des procédures logiques et expérimentales comme le positivisme formaliste et empirique nous enseignent (Kelsen) ou comme les théories libérales l'envisagent (Habermas et Rawls) d'une part, et le non-rationnel (comme la métaphysique le professe) d'autre part, n'a pas de fondement rationnel. C'est là qu'une question se pose : La certitude scientifique du positivisme serait-elle dépendante de la véracité d'une connaissance préscientifique indémontrable ?

physique. Tout cela fut la conséquence du désir maladroit de détruire la métaphysique dans sa totalité... » Voir son article, déjà cité « La démarcation » p. 148.

⁶⁹ Nous allons aborder cette question au cours de cette étude. Par ailleurs il est étonnant que dans sa *théorie pure* Kelsen n'a jamais abordé la nature de la description des normes alors qu'elle est l'essence même de la science du droit et l'activité scientifique. V. *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, Bruylant - LGDJ, 1999, p. 87-88.

⁷⁰ Popper, « La démarcation... », in *De Vienne à Cambridge*, déjà cité, p. 144.

⁷¹ Descartes, ayant oublié de nous dire à quelle enseigne se reconnaît l'auberge de l'évidence première, le positivisme rationaliste se sent en droit d'y loger son opinion.

⁷² D'ailleurs Kelsen lui-même l'avait bien reconnu dans l'introduction de sa *Théorie pure du droit*.

On peut pousser le scepticisme jusqu'au bout. Et contrairement à D. Hume, notre objectif est de montrer ses limites. Dans ce cadre on peut avancer deux interrogations sur nos moyens de parvenir à une connaissance scientifique.

A. — *La première interrogation porte sur l'éventuelle erreur de fait ou d'interprétation*

Au fond, apprendre à penser n'est-il pas *apprendre à détourner son regard* ? Ce qui se donne dans la banalité de l'expérience sensible ne reflète pas suffisamment la réalité de l'objet étudié. Tout se joue dans ce *détournement du regard* : en recherchant uniquement la forme visible ou tangible de la science on risque de manquer le seul objet digne de ce nom ; la nature même de l'objet étudié qui fait partie d'un ordre normatif dynamique en perpétuelle mutation, ne serait-ce que par le biais d'un juge qui détermine la *normativité constitutionnelle* selon des facteurs aléatoires mais inhérents à la nature même du droit. Face à une telle incertitude dans la détermination de l'objet de la science (la norme), comment peut-on affirmer son caractère empirique ? D'ailleurs, il ne s'agit pas seulement de la norme (le sens ou la signification) mais aussi de celui qui lui donne un sens (l'acte de volonté) et celui qui lui donne la validité (l'insertion dans l'ordre normatif)⁷³, car toute signification d'un acte de volonté ne peut se livrer à la compréhension que par rapport au système dont elle est dépendante. Il s'agit donc d'un rapport d'engendrement mais aussi de dépendance qui rattache la norme à l'ordre normatif. Et dans le cadre de ces rapports la difficulté du scientifique, mais aussi sa prudence, l'empêchent de prétendre que la description de ces rapports est objectivement et empiriquement exacte.

Si l'on *suit* le scepticisme de Hume jusqu'au bout, on ne pourra affirmer la vérité d'aucune proposition. L'erreur dans la description n'est pas seulement une éventualité, mais carrément un non-sens, puisque « les choses n'ont aucune existence propre et continue » et tout est une question de perception. Il suffit de lire ce que Hume a écrit sur nos sens⁷⁴. Dans ce cas, on voit mal toute affirmation de la vérité ou de la fausseté d'une proposition faite par les scientifiques. Cependant, il existe et existera toujours pour les constitutionnalistes une différence entre le critère de la validité de la loi avant 16 juillet 1971 et le contrôle de cette validité après 1971. Quelle que soit la part de chacun du scepticisme, on affirme jusqu'à nouvel ordre l'élargissement des normes constitutionnelles de référence lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi. Ceci n'est pas une question de perception, mais un simple constat objectif indépendant du sujet. Et malgré le scepticisme de Hume qui a la prétention de fonder une théorie de la connaissance sur une base irrationnelle, il y a bien des choses dont on est certain. « L'homme doutera-t-il si l'on le brûle » dit Pascal. Simplement toute description doit éviter une erreur de compréhension du réel et donc une erreur de la pensée (1). Face à l'éventuelle erreur de compréhension ou d'interprétation, d'autres philosophies ont essayé de comprendre et de décrire le réel du droit. Et elles s'estiment toutes, scientifiquement, valides.

⁷³ Voir M. Virally, « Le phénomène juridique », *RDP*, N° 1, 1966, p. 463.

⁷⁴ Voir *L'entendement- Traité de la nature humaine*. Livre I, Chapitre IV, section II : Du scepticisme à l'égard des sens, GF-Flammarion, 1995, p. 270-303.

Il s'agit donc de présenter une autre conception de la description des normes. Il s'agit d'analyser la description en deux étapes : *compréhension* et *explication* (2).

1. - Toute erreur scientifique résulte d'une erreur de compréhension et donc d'une erreur de la pensée :

À l'instar de Hume, il est possible de poser quelques questions sceptiques :

La première leçon de scepticisme commence par un doute légitime : ai-je bien décrit le réel tel qu'il est ? Poussons le doute jusqu'à l'absurde. *Nul ne peut prouver empiriquement encore moins philosophiquement la validité et l'exactitude de la loi de D. Hume*⁷⁵, pas davantage la grande division kelsenienne entre le *Sein* et le *Sollen*. La thèse de Kelsen qui consiste à dire que la division entre *Sein* et *Sollen* est une réalité qui se livre immédiatement à notre conscience⁷⁶ comme une évidence première est totalement contradictoire avec tout fondement empirique de la science pour deux raisons :

1. - Si la formule de Bachelard « Il n'y a pas de vérités premières, il n'y a que des erreurs premières » était vraie, tout le savoir scientifique s'écroulerait comme un château de cartes⁷⁷, les mathématiques, la géométrie etc. « La Raison raisonnante, écrit Bergson, est incapable de démontrer par elle-même sa propre véracité, car elle ne peut le faire qu'en usant d'elle-même »⁷⁸.

2. - Si l'on admet que les évidences premières fondent une science empirique, la seule différence qui distinguerait celle-ci de la métaphysique serait, me semble-t-il une différence de degré portant sur la confiance raisonnable que nous avons à l'égard des évidences premières. Il s'agirait donc d'une différence de seuil non pas d'une différence de nature. D'ailleurs, Kelsen lui-même a modifié sa vision des choses pendant son séjour aux États-Unis, la juridicité, cette entité idéale constitutive de la norme, ne fera plus partie de la définition de celle-ci. La norme juridique en tant que signification d'un acte de volonté adressé à quelqu'un afin d'obtenir de celui-ci le comportement souhaité, « sera un fait. En ce sens la norme ne se détache pas de l'acte qui l'a créée ou qui l'applique »⁷⁹.

Par ailleurs, rien n'interdit de mettre cette fameuse loi en cause par d'autres philosophies qui représenteraient le fondement d'une théorie de la connaissance. Le fait de ne pas adopter la philosophie de Hume ou sa vision sceptique du monde ne devrait pas affecter les conclusions scientifiques des chercheurs, à moins que la science juridique, contrairement à toute autre science qui se dit empirique, ait déjà fait son choix idéologique et phi-

⁷⁵ En tout cas en droit constitutionnel on peut parfaitement décrire des normes considérées comme juridiques alors qu'elles appartiennent au *Sein* (ce sont des faits). *Les Conventions de la Constitution* ne sont que des pratiques constitutionnelles (faits) qu'on considère comme norme juridique valide, si elles se traduisent en actes juridiques pris par les pouvoirs publics. Voir sur cette question l'ouvrage de Pierre Avril, *Les conventions de la constitution*, PUF « Léviathan », 1998.

⁷⁶ *Théorie pure du droit*, p. 14.

⁷⁷ Philippe Bénétou, *Introduction à la politique*, PUF, p. 99.

⁷⁸ Cit. in Bénétou, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁹ Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p. 162.

losophique dans ce sens, mais dans ce cas toute prétention à la scientificité et à l'objectivité serait entourée de forts doutes ⁸⁰.

Dans son *Traité de la nature humaine* l'ambition de D. Hume est de fonder une science de l'homme au moyen d'une approche radicalement sceptique. Hume parle pour tous les sceptiques : il pose le problème des limites de la connaissance. Pour lui la vérité est bien dans les *impressions* sensibles, à condition toutefois qu'on se tienne aux apparences sans prétendre remonter d'elles à l'essence des choses. Le monde n'est qu'une apparence. Nos sens nous disent que le monde extérieur existe : nous le voyons, nous le touchons, nous l'entendons. Mais qui peut démontrer que nos sens décrivent un monde vrai ? Poussons le scepticisme à bout : peut-être le monde n'est-il qu'une représentation ? Nous sommes victimes des apparences. Ceci n'est pas grave puisque, selon le scepticisme de Hume, nous sommes des apparences. Voilà donc suffisamment de raisons de douter.

Nous divaguons. Peut-être ! Mais le scepticisme positiviste fondé sur le scepticisme humien l'est aussi. Il s'appuie sur des raisons irréfutables. Il renonce à la connaissance du *pourquoi* à laquelle aspire la métaphysique. Parce que la réponse échappe à la raison expérimentale. Pourtant face à ces raisons, une faculté en nous se cabre, celle que nous connaissons tous. Celle qui ne réduit pas le monde aux apparences (Hume), celle qui va au-delà de la forme extérieure (Kelsen), celle qui n'a rien à voir avec une *utilité* ou une *convention*, celle qui distingue les actes de Jack l'Éventreur de ceux de l'abbé Pierre. Hume était assez fin pour ne pas prendre le risque de définir la nature humaine qui a fait l'objet de son traité. Mais pourquoi donc ne l'a-t-il pas fait ? Simplement parce que celle-ci pour lui n'est qu'une impression ; une illusion qui n'a aucune existence réelle ; un cadre dogmatique. Car prétendre donner la définition de la nature humaine, « c'est nécessairement se situer encore dans le cadre dogmatique d'une nature intérieure à l'homme. Or, tout son traité enseigne le contraire, c'est l'homme qui fabrique les règles et c'est lui qui fabrique la nature » ⁸¹. On peut se demander à ce stade de la réflexion si Hume, après une négation du rationalisme, ne tombe pas dans la même dérive rationaliste qui consiste en ces deux postulats :

1. - La Raison est radicalement autonome. Elle peut ainsi changer d'orientation : au lieu de tourner vers l'homme lui-même, écrit le professeur Bénéton, et le guider à se conduire en animal raisonnable, il tourne vers l'extérieur dans un esprit de conquête. Alors elle maîtrise la nature et désormais le monde est disponible. L'homme est capable

⁸⁰ En tant qu'épistémologue, G. Bachelard avoue que la pensée scientifique peut prendre la forme d'un *projet* puisque la méditation de l'objet par le sujet prend toujours la forme du projet. Il écrit « Devant le réel le plus complexe, si nous étions livrés à nous-mêmes, c'est du côté du pouvoir évocateur que nous chercherions la connaissance. Le monde serait donc notre représentation. Par contre, si nous étions livrés à la société, c'est du côté du général et du convenu que nous chercherions la connaissance. Le monde serait donc notre convention. En fait, la vérité scientifique est une prédiction, mieux... Le monde scientifique est notre vérification. Au-dessus du sujet, au-delà de l'objet immédiat, la science moderne se fonde sur un projet ». Voir Gaston Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, 16e édition, 1984, p. 15.

⁸¹ Frédéric Brahami, *Le travail du scepticisme*, PUF, 2001, p. 237.

de le dompter⁸². Cependant, si la raison moderne est conquérante quand il s'agit du monde extérieur, elle abandonne le combat quand il s'agit de l'intérieur de l'homme⁸³. Elle lâche la bride aux désirs humains dans la mesure où elle ne gouverne plus ce qui est à l'intérieur de l'homme. La Raison moderne a vidé la notion de nature humaine de sa substance. Elle considère l'homme comme créateur de lui-même. Donc c'est la volonté qui remplace la nature. La Raison donc n'est plus une raison vitale, elle ne peut être qu'instrumentale. Elle gouverne désormais les moyens pour réaliser la puissance de l'homme : une puissance qu'il faut utiliser pour rendre la vie plus longue même si elle n'est pas plus humaine, plus confortable même si elle n'est pas plus pacifique, plus riche de possibilité sans être forcément plus riche du sens. Encore une fois on assiste à la dernière métamorphose de la Raison : la raison instrumentale qui tourne vers tout ce qui est à l'extérieur de l'homme et jamais vers ce qui est à l'intérieur de lui. Dorénavant, il y a une société ou un ordre social selon la raison mais il n'y a pas de vie humaine juste ou équitable selon la raison. Celle-ci simplement lui échappe. Le droit change donc de nature : au lieu de s'intéresser à la personne humaine dans toutes ses dimensions, il s'intéresse à la règle qui le régit ; et à la place de l'homme singularisé, celui de la métaphysique, se trouve l'homme appartenant à des catégories : débiteur/créancier ; citoyen/étranger ; gouvernant/gouverné et ainsi de suite. Le droit s'adresse donc au masque de l'acteur sans jamais porter un seul regard sur celui qui est derrière ce masque. Les relations gérées par le droit seront donc des relations « masque à masque » non pas des relations « personne à personne ». Le regard éteint du frère d'Antigone ne vaut plus rien : il ne joue plus aucun rôle sur la scène du droit.

2. - La conséquence logique d'un tel rationalisme est celle-ci : l'homme devient le maître absolu de son destin et le souverain incontesté de ses choix et ainsi, l'autonomie de la Raison donne naissance à *l'autonomie de la volonté*. C'est là que le droit nous donne sa version libérale qui se résume en deux composantes⁸⁴ :

1 - L'émancipation des désirs matériels de l'homme aboutit à placer celui-ci au centre de toute organisation juridique ou sociale. Les actes de sa volonté ont la force de la loi. La libération de ses activités englobe bien sûr la libération de ses activités économiques. Dans ce contexte l'individualisme est né au sein du rationalisme qui a posé l'homme en maître. Et dans ce système libéral même lorsque les idées divisent les hommes, les intérêts les unissent. C'est bien cela qui neutralise les idées et qui crée une nouvelle forme de la liberté : c'est la liberté autonomie qui impose à l'État une obligation de non-ingérence, qui se traduit en terme juridique dans l'idéologie des droits individuels de l'homme.

2 - La protection juridique de cette liberté autonomie devient donc un devoir de l'État libéral. Le droit est là pour servir d'outil de protection des intérêts individuels particuliers. Mais cette protection juridique des intérêts économiques particuliers passe d'abord par la mise hors d'état de nuire de

⁸² Philippe Bénéton, *Introduction à la politique*, PUF, 1997, p. 61.

⁸³ *Ibid.*, p. 62.

⁸⁴ Voir Bénéton, *op. cit.*, p. 70-71.

tous les conflits d'opinion en matière morale et religieuse. Les hommes sont divisés dans leur conception de la vie bonne ; pour que cette division n'engendre pas des conflits, il faut passer cette question à la sphère privée. Donc le conflit de ce type doit être réglé sur une base de subjectivisme et du relativisme. Tout le monde a raison et à chacun sa vérité. Par conséquent toutes les idées se valent et quel que soit le choix de chacun il est respecté non pas au regard de son contenu mais au regard de son émanation d'une volonté autonome⁸⁵. Aucun jugement de valeur ne peut être fait sur la nature de notre choix ou sur son contenu : sinon on va à l'encontre de l'autonomie de la volonté et l'homme perdrait son statut de « maître ». Le libéralisme est donc délibérément muet sur les fins de l'homme et ses choix. Il s'appuie sur des systèmes ou procédures, mais jamais sur une théorie des valeurs. Ici la métaphysique se trouve immédiatement évacuée pour assurer et préserver la paix civile et l'égalité liberté autonomie.

Peut-on se demander si la théorie de connaissance scientifique ne se fonde pas sur certains présupposés de ce libéralisme.

2. - Les deux composantes de l'activité scientifique, la compréhension et l'explication

Face à l'impasse humienne, une autre forme de positivisme s'installe dans la théorie de la connaissance juridique. Il s'agit de la philosophie du langage ; une variante du positivisme qui consiste à affirmer que la signification d'un énoncé est liée à sa méthode de vérification. Le présupposé de toute philosophie de l'interprétation est ceci : « toute question portant sur un étant quelconque est une question sur le sens de cet (étant) »⁸⁶, ce qui est déjà un pas vers la *compréhension* de l'objet. La tâche de l'herméneutique, écrit Paul Ricœur, « est double : reconstruire la dynamique interne du texte, restituer la capacité de l'œuvre à se projeter au-dehors dans la représentation d'un monde que je pourrais habiter »⁸⁷. Or, ce n'est pas seulement le juge qui reconstruit la dynamique du texte, mais aussi celui qui décrit la position du juge et celui du texte. Cette description implique un travail de *compréhension* ensuite une *explication*. Mais que signifient ces termes : comprendre et expliquer ? P. Ricœur entend par comprendre « la capacité de reprendre en soi-même le travail de structuration du texte ». Quant à l'explication, il s'agit de « l'opération de second degré, greffée sur cette compréhension et constituant dans la mise au jour des codes sous-jacents à ce travail de structuration que le lecteur accompagne »⁸⁸. Or, la mise au jour de ces codes sous-jacents, étant partie intégrante de la description, ne peut trouver son fondement immédiat dans l'objet décrit (la norme). Elle trouve en revanche son essence dans d'autres éléments qui composent l'ordre juridique et qui constituent en quelque sorte le milieu ou l'environnement dans lequel la

⁸⁵ Voir sur les limites du libéralisme, Michael Sandel, *Le libéralisme et les limites de la justice*, Éditions du Seuil, 1998, p. 15.

⁸⁶ P. Ricœur, *Du texte à l'action*, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 37.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 37.

norme qu'on écrit vit en adressant son impératif juridique aux destinataires. Cependant, faut-il le rappeler ? La philosophie du langage cherche à justifier *a posteriori* l'écart désormais établi entre la signification du texte et l'action du juge. Elle justifie l'interprétation donnée, elle l'explique, et par-là même, elle la cautionne en quelque sorte, mais elle ne la fonde pas.

D'autres philosophes cherchent à comprendre le droit postmoderne dans un mécanisme communicationnel et procédural. Jürgen Habermas, comme tous les libéraux, reste prisonnier d'une conception purement procédurale⁸⁹ (la procédure démocratique fonde la légitimité du droit)⁹⁰ ou communicationnelle selon laquelle l'éthique de discussion représente le seul fondement moral du droit⁹¹. C'est pour cette raison d'ailleurs qu'on peut, jusqu'à un certain point⁹², accepter l'argument des communautariens comme Taylor⁹³ et Sandel⁹⁴ qui pensent qu'aucune société ne peut se priver d'une conception du *Bien*. Or, ce « Bien » ne saurait exister selon Hume et les philosophies subjectivistes et relativistes. Par exemple Taylor ne critique pas le droit de l'individu en tant que tel, il critique les philosophies procédurales incapables de voir qu'aucun homme ne peut vivre sans s'orienter en fonction d'une conception du Bien. Paul Ricœur définit le but de la politique ainsi « mener une vie bonne avec et pour autrui dans des institutions justes »⁹⁵. Cette définition a le mérite de réconcilier en une phrase Aristote, Hegel, Kant et Lévinas. Elle a le mérite de dire également qu'une société n'est pas seulement des institutions justes garantissant le droit, mais aussi la visée aristotélicienne d'une vie bonne.

Des nouveaux défis apparaissent (écologie, justice sociale, bioéthique, génétique...) qui nous rappellent, malgré le scepticisme, la nécessité d'une dimension axiologique dans la philosophie du droit qui impose au théoricien une connaissance du *sens* et une compréhension de ce qui est à l'intérieur de l'objet étudié. Aucune d'entre elles n'a eu autant de succès à fonder non seulement la science du droit mais aussi la théorie du droit. Un tel succès a pu justifier l'engagement de la théorie du droit dans la voie subjectiviste de Kant, dans la logique sceptique de Hume ou dans un rationalisme qui consiste à

⁸⁹ Voir *Droit et démocratie entre faits et normes*, Gallimard, 1992, p. 169-176.

⁹⁰ Une approche formelle et donc vide. Voir le même ouvrage, p. 170.

⁹¹ *Ibid.*, p. 175.

⁹² La nuance ici concerne la notion de « communauté » dans la pensée de ces auteurs, d'où la précision « jusqu'à un certain point ». On est conscient d'un danger potentiel dont cette notion pouvait être porteuse dans la philosophie allemande. La communauté, étant une source de légitimité juridique, fut identifiée au *Führer* qui l'incarne. Voir sur la question Olivier Jouanjan « Les fossoyeurs de Hegel « rénovations allemandes du droit » et néo-hégélianisme sous le IIe Reich », *Droits*, N° 25, 1997, p. 128-129.

⁹³ Voir les intéressants travaux entrepris par Charles Taylor. Il présente une philosophie politique originale du droit en démocratie qui s'éloigne de l'individualisme du droit naturel et du positivisme étatique anachronique, *La liberté des modernes*, PUF, 1999 ; *Le malaise de la modernité*, Les éditions du Cerf, 1999 ; *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Champs-Flammarion, 1994.

⁹⁴ Voir son ouvrage *Le libéralisme et les limites de la justice*, Seuil, 1999.

⁹⁵ Sur la philosophie du langage, V. *Soi-même comme un autre*, Seuil « Essais », 1990 ; *Du texte à l'action, Essais herméneutiques*, T. II, Seuil, 1986, V. aussi J. Gadamer, *La philosophie herméneutique*, PUF, 1996.

concevoir « tout un système théorique du droit à partir du cerveau, pour qui la théorie repose sur une vision des choses » comme disait Michel Villey⁹⁶.

Il reste une approche critique qui discrédite les grandes philosophies du droit sans prendre le risque d'en avancer une autre digne de ce nom. L'hostilité philosophique à toute tentative de fonder le droit sur une axiologie subjectiviste ou objectiviste⁹⁷ ne représente pas en soi une philosophie du droit. On peut rejoindre, sans doute, certains auteurs dans leur critique du subjectivisme axiologique de Kant, mais on ne peut pas partager leur analyse lorsqu'ils réduisent l'axiologie à ces deux variantes fermées : axiologie subjectiviste et axiologie objectiviste. La dernière, étant bannie depuis longtemps de la réflexion des juristes, peut pourtant fonder certains principes juridiques applicables. D'ailleurs lier l'axiologie à une philosophie plus générale de l'Être donne une dimension onto-axiologique au fondement du droit⁹⁸, ce qui n'a rien à voir avec les formes d'axiologie discréditées par l'auteur. Celles-ci ne cherchent pas à *comprendre* le bien fondé d'un principe comme « l'interdiction de toute valeur marchande du corps humain » ni à *expliquer* le fondement de toutes les interdictions qui en découlent, car au moment même où elle commence cette recherche, elle est confrontée au problème métaphysique auquel elle ne fournit aucune réponse.

B. — *La seconde interrogation porte sur la possibilité d'une description objective fondée sur une certitude empirique⁹⁹ non pas sur un jugement de valeur*

Tout écrit, tout acte de description appelle une justification, une explication, sauf à renoncer au sens et choisir l'absurdité de l'acte inexplicable.

Au nom de quoi, sinon de valeurs, proscrire les jugements de valeurs de la science de droit. Écrire, n'est-ce pas s'engager ? Décrire, c'est déjà prendre partie. Cependant, entre le positivisme soi disant neutre¹⁰⁰ et la description partisane il existe, semble-t-il, une

⁹⁶ « S'il était vain de viser à joindre le droit, comme les auteurs de l'École du Droit Naturel, à partir de *la nature de l'homme*, combien plus encore en partant de *la raison subjective* de Kant... Une telle tentative est vouée forcément à l'échec. Le droit se manifeste à nous comme constitué de *relations* entre les membres d'un groupe social... nous estimons fou d'en obtenir la moindre idée, si ce n'est pas par la voie de *l'expérience* : en *observant* les groupes, les ensembles sociaux où sont inclus ces relations ». Voir sa préface de *La doctrine du droit* de Kant, p. 18.

⁹⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförd, *Le droit, l'État, et la constitution démocratique*, Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis, traduits et présentés par Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud, Bruylant -LGDJ, 2000, p. 91-94.

⁹⁸ Voir sur un fondement onto-axiologique du droit les travaux de Jean-Marc Trigeaud, *Persona ou la justice au double visage*, Biblioteca di filosofia oggi, Gênes, 1990.

⁹⁹ D'ailleurs, on a pu lire dans la littérature juridique positiviste que « La théorie *scientifique* de l'État de Carré de Malberg ne se fonde pas sur une méthodologie rigoureuse et n'a pas d'objet déterminé », cela n'a pas empêché l'auteur de la qualifier de « théorie scientifique ». V. Michel Troper, « Sur la théorie juridique de l'État », *Le Débat*, 1993, N° 74, p. 88.

¹⁰⁰ Voir l'article de Danièle Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in *Théorie du droit et science*, Paul Amselek dir., PUF « Léviathan », 1994,

marge : toute activité scientifique doit viser cette règle d'or : « faire taire ses préférences mais dire ce qui est »¹⁰¹. Or, « *ce qui est* » n'est pas toujours si simple à décrire car il s'agit de décrire un sens, et *expliquer* une signification qui ne se détermine, en définitive, que par rapport à une autre signification donnée et ainsi de suite. La description donnée est au fond un « *jugement* » qui dit un *état de fait*. Il comporte par-là même une évaluation en terme de valeur. L'exemple illustre bien le propos.

Lorsque Carré de Malberg était confronté à la question alsacienne, il a abandonné les exigences artificielles imposées par son positivisme¹⁰². D'une part, il a écrit que « la tache ineffaçable, pour la littérature allemande du droit public, est de n'avoir signalé, reconnu et honoré, à la base des sociétés politiques, d'autres sources de règles de conduite que la volonté de l'État et la puissance de fait des organes ». Curieusement, l'auteur positiviste dénonce avec justesse la base même du positivisme juridique lorsqu'il écrit, dans *l'Avant-Propos* de sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, que « Lorsque le juriste se trouve amené à constater que le droit positif moderne repose sur la puissance de l'État ou que l'autorité des gouvernants prend son fondement de légitimité dans l'ordre juridique en vigueur, cela ne signifie pas qu'en dehors de cet ordre positif, il ne puisse se concevoir aucune espèce de précepte idéal régissant les peuples et le gouvernement et les individus. La doctrine allemande de la *Herrschaft* implique, au contraire, que non seulement le droit dans son acception positive et pratique ne dépend que de la toute puissance étatique, mais la loi morale elle-même ne dépend que de la toute puissance étatique »¹⁰³. D'autre part, l'auteur alsacien se permet d'introduire un jugement de valeur dans son article sur la réparation des dommages causés par la guerre sans respecter la dichotomie imposée par le positivisme scientifique entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être. Il avance la responsabilité de l'État allemand à titre principal en s'appuyant sur un argument d'équité et de justice lorsqu'il estime que « c'est intervertir les réalités les moins contestables que de déclarer la France responsable des ruines qui sont dues pour la plus grande part à l'emploi par l'Allemagne d'une méthode inouïe de destruction général et de pillage éhonté... il n'est pas croyable, écrit-il, que le point de vue du droit ne concorde pas ici avec le point de vue politique et avec l'équité »¹⁰⁴. C'est ainsi donc que l'auteur positiviste « postule, écrit Olivier Beaud, le caractère presque inévitable ou nécessaire d'une harmonie entre le droit positif et la justice »¹⁰⁵. C'est bien ce positivisme modéré de l'éminent constitutionnaliste alsacien qui a été

p. 293-309 ; Michel Troper, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », même ouvrage, p. 310-324.

¹⁰¹ Pour une analyse critique très fine de la question des jugements de valeur dans le domaine des sciences sociales, Philippe Bénéton, *Introduction à la politique*, PUF, 1997, p. 116-120.

¹⁰² V. Olivier Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Olivier Beaud et Patrick Wachsmann dir., *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* N° 1, Presse universitaire de Strasbourg, 1997, p. 249-253.

¹⁰³ *Avant-Propos*, p. XX, souligné par Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁴ « Du fondement du droit à une réparation intégrale pour les victimes des dommages de guerre », *RDP*, 1915, p 3-4.

¹⁰⁵ « Carré de Malberg, juriste alsacien », déjà cité, p. 252.

qualifié tantôt d'un « empirisme naïf »¹⁰⁶ et tantôt d'une « poursuite de la tradition métaphysique de Bluntschli »¹⁰⁷.

Cependant, si l'on retient le critère de Carré de Malberg comme critère de vérification empirique, une théorie des systèmes juridiques n'est valable que si les données fournies par les systèmes juridiques la confirment¹⁰⁸. Un tel critère de vérification, malgré la contestation¹⁰⁹, suffit à examiner la véracité d'une description. Cependant, décrire ce qui est pose parfois une difficulté lorsqu'on décrit certaines règles constitutionnelles : que dira-t-on à propos de la signification des articles 3/1, et 11 de la Constitution de 1958 ?

Pour affirmer, par exemple, que l'article 11 autorise la révision de la constitution, et pour fonder cette affirmation sur une autre base que l'opinion (un savoir scientifique empirique), on est obligé de se référer à la pratique constitutionnelle (qui se traduit en terme d'acte juridique pris par les pouvoirs publics), on est amené donc de tirer le *Sollen* d'un *Sein* (un *fait*) et non pas à un devoir-être un *Sollen* (une norme)¹¹⁰ car cette norme (l'autorisation de révision en vertu de l'article 11) n'existe objectivement ni dans l'article 11 ni dans la décision du juge (seule autorité authentique selon la théorie pure du droit), à moins qu'on ose soutenir que la science du droit ne donne aucune réponse à ces questions juridiques par excellence parce que sa méthodologie lui interdit de prononcer un mot sur un problème dont le juge n'a pas été saisi. Dans ce cas, connaître la solution scientifiquement exacte de nombreuses questions soulevées par au moins la moitié des articles de la constitution de 1958 devient une tâche impossible si l'on suit jusqu'au bout la logique de l'empirisme au sens entendu chez Kelsen. Face à ce paradoxe auquel l'activité descriptive du chercheur se heurte, il convient mieux d'adopter la thèse de Michel Villey qui nie le principe qui anime le positivisme de Kelsen selon lequel on ne saurait dériver un *devoir-être* de *l'être*. Aux antipodes de ce postulat, le droit selon Villey est bien un *Sollen* tiré du *Sein*¹¹¹.

À vrai dire, le théoricien constitutionnaliste doit admettre au moins l'évidente réalité qui consiste en ceci : la pratique constitutionnelle qui désigne les actes juridiques accomplis par les pouvoirs publics¹¹² (faits), relève de la science constitutionnelle, et donc ces actes (*faits*) créent des solutions de droit (autrement dit des règles constitutionnelles).

¹⁰⁶ Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes » in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰⁷ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF « Léviathan », 1997, p. 17 ; voir aussi sur le positivisme de Carré de Malberg, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 73-79.

¹⁰⁸ Voir Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », déjà cité, p. 310. Si la raison positiviste était neutre entre les différentes valeurs, elle serait neutre entre l'ignorance et la connaissance, entre la probité intellectuelle et la tricherie, etc. (En ce sens, Bénéton, *op. cit.*, p. 101).

¹⁰⁹ Olivier Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien », déjà cité, p. 253.

¹¹⁰ La logique du normativisme exige une sanction juridictionnelle pour donner l'indice du caractère obligatoire de la norme (un devoir-être d'une conduite humaine qui serait contraire à une prescription valide). Car l'impératif juridique ne peut être produit, dans l'optique normativiste, que par l'existence de la sanction juridictionnelle. Voir Olivier Cayla, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », *op. cit.*, p. 109.

¹¹¹ Jean- Cassien Billier et Aglaé Maryioli, *op. cit.* p. 260.

¹¹² Pierre Avril, « Statut des normes constitutionnelles non écrites », in *Les règles et principes non écrits en droit public*, Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. 80.

Magistralement démontré par le professeur Pierre Avril, *les Conventions de la Constitution* complètent la constitution et elles en font partie intégrante¹¹³. Non seulement les règles non écrites constituent des règles de droit mais elles constituent aussi des dérogations aux dispositions écrites¹¹⁴. P. Avril dit clairement que « Les principales normes non écrites de la V^e République ne peuvent être isolées des circonstances qui les ont suscitées »¹¹⁵. Il suffit simplement d'admettre que le droit puisse naître d'un *fait* et que le *Sollen* puisse être dégagé d'un *Sein*¹¹⁶. Mais dans ce cas on détruit totalement le fondement scientifique de la théorie pure du droit, à savoir la loi de Hume¹¹⁷, et du même coup, tout fondement possible de l'empirisme. Mais pour s'assurer du fondement empirique des hypothèses posées par le positivisme normativiste nous poussons encore l'analyse plus loin afin d'examiner la crédibilité de l'empirisme en théorie du droit.

On peut évoquer deux points sur lesquels l'empirisme repose en dernière analyse sur une sorte de *confiance raisonnable* qui ne doit rien à la raison expérimentale. Empiriquement, et donc objectivement, ni l'efficacité globale du système normatif¹¹⁸ (1), ni la question de la validité du contenu de la loi peuvent être empiriquement et systématiquement démontrés (2).

1. - Qu'est ce qu'un système juridique globalement efficace¹¹⁹ ?

S'agit-il d'un système qui ne connaît aucune violation de ses normes ? La réponse est, évidemment, négative car le crime ne supprime pas le code pénal. Serait-il plutôt un système qui établit de nombreuses formes de contrôle systématique de la validité de tout acte juridique posé aussi bien par les particuliers que par les pouvoirs publics (lois constitutionnelles, actes de gouvernement, mesures d'ordre intérieur, contrats, circulaires, arrêtés ministériels et municipaux, etc.) ? Un tel système existe-t-il ? Si les organes étatiques s'occupaient de la fonction de contrôle à ce point, ils ne pourraient plus assurer aucune autre fonction. Un système globalement efficace devrait être donc un système qui établit un minimum de contrôle qui permet de censurer les actes de volonté contraire à ses prescriptions. Ce *minimum raisonnable* de contrôle ne saurait être un critère objectif de définition d'un ordre juridique efficace. Un système normatif efficace

¹¹³ Voir son ouvrage *Les conventions de la constitution*, PUF « Léviathan », 1998.

¹¹⁴ Pierre Avril écrit : « Ces normes sont des dérogations au droit écrit, et elles sont acceptées parce qu'elles sont fondées sur les rapports politiques résultant des décisions du suffrage universel. », Voir « Statut des normes constitutionnelles non écrites », in *Les règles et principes non écrits en droit public*, déjà cité, p. 80 et p. 82.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 80.

¹¹⁶ Sur ce point, V. Wagdi Sabète, « Quelle théorie de la science juridique » *RDP*, N° 5, 2000, p. 1316-1318.

¹¹⁷ La distinction théorique entre sens et qualité d'une norme rend inutile toute réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel : ce n'est pas la détermination du sens de la norme qui lui confère sa qualité de norme, écrivaient O. Beaud et O. Cayla, mais *la force illocutoire* d'une énonciation juridique. Voir leur démonstration : « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1988, p. 706 et 707.

¹¹⁸ Comparez, Denys de Béchillon, *op. cit.*, p. 247- 249.

¹¹⁹ Ceci est la définition que Kelsen donne du système juridique. Voir sur cette définition Otto Pfersmann, « Pour une typologie modale des classes de validité normative », in Jean-Luc Petit, « La querelle des normes. Hommage à Georges Henrik von Wright », *Cahier de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, N° 27, 1995, p. 69-113.

est donc un système dans lequel on peut avoir une certaine *confiance raisonnable* tant à son fonctionnement qu'au contrôle établi par ses composantes. Mais si l'on se contente de cette conclusion « *avoir une confiance raisonnable* », on finit par affirmer qu'il n'y a rien d'objectivement empirique. Ceux qui croient à la résurrection de Jésus-Christ, eux aussi, ont une certaine confiance raisonnable dans les témoignages et la tradition, qui émanent du passé. Quelle est donc la différence entre une métaphysique fondée sur une *confiance raisonnable* et un empirisme fondé sur la même chose ?

En effet, toutes les sciences exactes, médecine, physique, chimie, etc. ont un sens, elles ont au moins un noble objectif qui consiste en la compréhension des lois de la nature. Seule la science juridique dans sa version kelsénienne n'attache aucune importance à cette question (la fin du droit au sens entendu chez Michel Villey est l'homme lui-même). Quel est le sens de la connaissance scientifique des normes juridiques ? Quelle est la fin du droit et de la science juridique ? Décrire n'est-il pas finalement expliquer ? Et expliquer n'est-il pas chercher à comprendre une signification ? Comment faire pour comprendre et décrire une norme qui pose *le principe de la dignité humaine, le procès équitable ou la bonne foi*. Là, aucune méthode positiviste ne serait capable de fournir une réponse. Pourtant, une philosophie du droit constitutionnel des libertés devrait s'intéresser à ce genre de questions ¹²⁰. Comment peut-on décrire ces notions, comment peut-on les comprendre sans que cette compréhension nous oblige à nous référer à une notion morale et donc à un jugement de valeur ?

Enfin, dans son *Enquête sur l'entendement humain*, Hume met en doute les vains efforts effectués « pour expliquer les apparences du mal pour sauver l'honneur des dieux » ¹²¹. Mais les dieux, les vrais, repoussent les honneurs. Seul l'homme médiocre les cherche. Ainsi selon lui « la morale n'est qu'un système de régulation de la vie commune, et elle n'est que cela » écrit François Chirpaz ¹²². Cependant, « l'homme comprend qu'il ne peut accéder à la part humaine de son être qu'en se mettant lui-même sous l'autorité d'une loi qui ne fait nombre avec aucune des lois du monde social » ¹²³. Mais de quelle loi s'agit-il ? C'est à cette question que David Hume n'a pas vraiment répondu. Il s'est arrêté en route. Pourquoi donc ? Pour la même raison que sa philosophie a toujours niée : l'autonomie de sa raison et le choix délibéré et réfléchi de sa liberté.

¹²⁰ Il suffit de citer dans ce cadre Antonio Rosmini dont la philosophie politique fournit une alternative d'une pensée constitutionnelle forte qui reste toujours d'actualité. Voir son ouvrage *Philosophie de la politique*, Édition Bière, 2000 ; voir aussi avec intérêt les travaux de Jean-Marc Trigeaud en philosophie du droit et spécialement, *Métaphysique et Éthique au fondement du droit*, Éditions Bière « Bibliothèque de philosophie du droit », 1995 ; *Justice et tolérance*, Éditions Bière « Bibliothèque de philosophie du droit », 1997, p. 85-104.

¹²¹ *Op. cit.*

¹²² *Hume et le procès de la métaphysique*, p. 347.

¹²³ *Ibid.*, p. 356.

2. - La conformité absolue à la Constitution du contenu de la loi ne peut être démontrée, encore moins la validité de la Constitution

Le positivisme juridique nous enseigne que la validité de la loi ne se vérifie qu'au regard des conditions de production normative contenues dans la Constitution. Il s'agit uniquement d'une question de procédure d'édition de la loi non pas d'un vice de fond. C'est ainsi, Kelsen nous a toujours expliqué la vertu du contrôle de la constitutionnalité des lois qui préserve la démocratie : un simple contrôle technique. D'ailleurs, la doctrine positiviste dans sa majorité a fondé sa négation de la supra-constitutionnalité sur l'idée suivante : une loi déclarée contraire à la constitution serait déclarée non conforme aux conditions *procédurales* de l'édition de la loi ordinaire telles qu'elles sont déterminées dans la Constitution. Rien n'empêche donc le Parlement de voter les mêmes dispositions de cette loi selon les procédures consacrées aux lois constitutionnelles. Le contenu de la loi est donc sauvé. Son invalidité est toute relative. Aussi longtemps qu'il n'existe pas en France un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles (lois de révision) on ne saurait affirmer avec certitude empirique la primauté absolue de la norme constitutionnelle. La Raison peut donc nous démontrer un tel constat, faut-il pour autant se méfier de la Raison ? Voici donc une nouvelle question.

Kelsen raisonne, le théoricien du droit raisonne à sa suite, admettons que la logique y trouve son compte. Mais la logique a-t-elle force de preuve ? Comment démontrer la validité de la logique ? La raison raisonnante ou la raison logique ne peut rendre raison d'elle-même. La raison démonstrative, elle aussi (la raison expérimentale), est impuissante à se fonder elle-même. Elle est prise dans des cercles vicieux. On lui demande : « prouvez la validité du raisonnement ». Que peut-elle faire ? Elle se tait ou elle raisonne, elle est réduite au silence ou elle utilise ses moyens qui sont ceux-là mêmes dont il faut prouver la validité. La logique est donc sans fondement logique.

La conclusion a été tirée par Pascal : le scepticisme n'est qu'un avatar du rationalisme, il est la raison se détruisant elle-même « par ses propres armes ». On ne peut démontrer logiquement la validité de la logique (ou mathématiquement la validité des mathématiques), il n'est valide que si la démonstration qui l'établit l'est ; il faut donc démontrer la validité de cette démonstration ; mais la seconde démonstration doit elle-même s'appuyer sur une autre démonstration et ainsi de suite. Il n'y a pas donc de démonstration première. Il y a une *supposition* qui n'a rien d'empirique, comme celle de *la constitution historiquement première*¹²⁴ qui fonderait la validité juridique de la Constitution de 1958.

Selon cette thèse, le fondement juridique de la validité de la Constitution de 1958 ne réside pas dans la ratification de la Constitution par le peuple souverain, mais dans une autre norme juridique qui découle du premier acte formellement constitutionnel, c'est-à-dire la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, qui institue la rupture entre les lois

¹²⁴ Il s'agit de « l'acte normatif formellement constitutionnel au-delà duquel il n'est plus possible de retracer une continuité juridique », voir sur cette question Otto Pfersmann, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 1998, p. 121-125. Il est clair que cette analyse est largement inspirée de la *théorie pure du droit* de Kelsen qui estime « qu'une science du droit positiviste considère le constituant historiquement premier comme l'autorité suprême » *op. cit.*, p. 203 ; voir aussi p. 201-206.

constitutionnelles de 1875 et la constitution de 1946 ¹²⁵ ! Mais nous ne savons pas pourquoi cette loi constitutionnelle, qui peut être à l'origine d'autre ordre constitutionnel, serait le fondement de la validité et de la légitimité de la loi fondamentale de la V^e République. Aucune explication empirique ne permet de fonder juridiquement et politiquement, sans tomber dans la fiction, la soumission aux normes édictées sous la V^e République sur d'autres constitutions abrogées et plus en vigueur depuis un demi-siècle. Un tel fondement relève plus de la pensée spéculative que de la construction scientifique. Selon ce raisonnement, la fondation se dérobe toujours. Il nous offre des présuppositions ou des propositions non démontrées par un lien de causalité. Et tout comme la *Grundnorm* supposée nécessairement valide mais qui ne valide point les normes inférieures, la raison, supposée nécessairement démonstrative, ne nous démontre objectivement rien.

En théorie du droit l'empirisme défaille : ceux qui affirment la suprématie de la Constitution en tant que norme juridiquement valide, pour le simple fait qu'un juge peut censurer une disposition qui serait contraire à une disposition constitutionnelle, ne pourraient pas expliquer cette validité, d'une manière empirique et expérimentale, si le juge n'était pas saisi de cette disposition censée être contraire à la Constitution. Force est de reconnaître dans bien des cas que nous supposons que cette disposition soit conforme à la constitution. Il faut *supposer* la validité de la loi (ce qui n'a rien d'empirique). Or, cette validité est fondée, elle aussi, et comme tout le reste, sur *un acte de confiance raisonnable* non pas sur une preuve scientifiquement démontrable.

En définitive, la supposition de la validité d'une norme qui n'a jamais été soumise au contrôle du juge, n'est qu'un postulat indémontrable. Mais c'est aussi le criticisme kantien qui trouve son utilité dans une norme supposée valide (*Grundnorm*) afin de construire un objet de science qui ne repose que sur un présupposé jamais démontré. Il n'y a rien de plus métaphysique que l'approche criticiste. Il s'agit ici d'une autre variante du positivisme juridique du XIX^e siècle qui empreinte la voie d'une pseudo « métaphysique » subjectiviste des Lumières, mais elle laisse la même question de départ sans réponse : où est l'empirisme dans une science fondée, pour le meilleur, sur une *supposition*, et pour le pire, sur une *confiance raisonnable* ? À quoi bon faire le procès de la métaphysique quand le rationalisme achève ses arguments dans une autre forme de la métaphysique plus vulgaire certes mais encore plus réductrice du droit ?

CONCLUSION

Au terme de ces interrogations une question s'impose : quelle est la portée de la grande entreprise rationaliste qui inspire le positivisme de la science juridique moderne ?

¹²⁵ *Ibid.*, p. 123. Il est clair que cette vision est inspirée de la *théorie pure du droit* où Kelsen affirme « Si la norme fondamentale est supposée valable, l'établissement de la première constitution et les actes accomplis conformément à cette constitution ont la signification de normes valables... ». Voir *la Théorie pure*, 1^{re} éd. 1953, traduction H. Thevenaz, p. 116-117.

Le point de vue rationaliste, dans les sciences exactes, affirme que le réel est forcément rationnel sans raison ou plus précisément :

1. - L'objet qu'on étudie est soumis à des lois qui expliquent tout mais qui ne s'expliquent pas ¹²⁶.
2. - La raison elle-même s'explique par des raisons qui sont sans raison.

Le savoir le plus savant repose sur des évidences premières que nous partageons tous. La raison la plus puissante s'appuie sur autre chose que la raison. Quel est donc la portée de ce procès intenté par l'empirisme et le scepticisme contre la métaphysique ? Le rationalisme instrumental de Kelsen ne peut-il pas être soumis à la même critique ¹²⁷. N'y a-t-il pas là de bonnes raisons pour que la raison cède ? Popper l'avait bien admis : « L'inclination antimétaphysique est une sorte de préjugé philosophique qui empêche les constructeurs de systèmes d'effectuer leur œuvre correctement » ¹²⁸.

L'idéal de la pureté de l'ordre juridique nous empêche d'appréhender et de comprendre son objet dans *toutes ses dimensions*. Car les propriétés de cet objet qui restent à décrire ne sont pas homogènes ¹²⁹. Un système normatif ne s'identifie pas purement et simplement à un système des normes. Certes, celles-ci en font partie mais elles sont loin de l'épuiser ¹³⁰. Or, pour mieux connaître l'objet de la science juridique, il faut *comprendre la signification et la portée des normes* sans prendre comme alibi l'interdiction positiviste classique ¹³¹, mais aussi il faut *expliquer le contenu et les rapports entre les normes* au sein du système normatif. *La science du droit est donc une étude de compréhension de l'ordre juridique, non pas une description aveugle qui se contente de paraphraser la jurisprudence sous prétexte de décrire le droit*. Toute la spécificité de la science du droit consiste à *comprendre toutes les dimensions inhérentes à « la norme juridique »* lors de sa description et l'expliquer en se référant aux trois formes d'explications possibles : Explication fondatrice, explication démonstrative et une explication

¹²⁶ Par exemple, « l'extraordinaire dans la naissance d'un enfant, écrit François Jacob, [...] l'incroyable, c'est le processus lui-même. C'est que la rencontre d'un spermatozoïde et d'un ovule déclenche une gigantesque série de réactions, des centaines de milliers qui se suivent, se chevauchent, se croisent dans un réseau d'une étonnante complexité. Cela pour aboutir à l'apparition d'un bébé humain et jamais d'un petit canard, d'une petite girafe ou d'un petit papillon. [...] Voilà le phénomène le plus stupéfiant qui se déroule dans le monde ». Il est incompréhensible parce que la science nous dit comment les choses se passent mais elle ne sait pas dire pourquoi les choses se passent de cette manière et aboutit au même résultat aussi extraordinaire.

¹²⁷ Voir sur le problème du rationalisme chez Kelsen, Carlos Miguel Herrera, *op. cit.*, p. 53-55.

¹²⁸ « La démarcation... », *op. cit.*, p. 149. Il l'avoue d'ailleurs, « la démarcation recherchée est floue et indéfendable », p. 151.

¹²⁹ Voir sur le caractère hétérogène des éléments constitutifs du système juridique, Michel van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF « Les voies du droit », 1988, p. 51.

¹³⁰ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 15.

¹³¹ Pour cela il convient d'intégrer toutes les dimensions de la règle de droit dans la recherche scientifique, y compris la texture morale des principes juridiques dont la portée axiologique est indispensable à la compréhension du droit.

communicationnelle. Une science d'une telle exigence demande aux scientifiques deux choses :

1. - Une ouverture réelle aux dimensions axiologique, ontologique du droit ¹³².
2. - Renoncer au postulat de la pureté et à la dogmatique juridique.

Deux erreurs demeurent donc dans la théorie positiviste de la connaissance juridique :

1. - La Raison scientifique se confond avec la Raison tout court. C'est pourquoi la critique adressée au rationalisme et ses avatars le scepticisme et le relativisme, s'adresse au même titre au rationalisme scientiste.

2. - La méthode scientifique est la même dans les sciences naturelles et dans les sciences sociales : cette méthode est une, elle est indépendante de son objet. C'est précisément cette erreur qui aboutit à l'indétermination de l'objet de la science juridique selon l'empirisme du positivisme car dans la science juridique la méthode n'est pas détachée de l'objet étudié.

Alors que faire ?

Certes, le coût est très cher : cela signifie *en gros* de renoncer au positivisme juridique comme fondement de la science juridique moderne et être enfin ouvert à la Pensée. Autrement dit, être ouvert à l'essence du droit : celle-ci n'est pas un attribut de l'individu comme l'individualisme nous l'enseigne, encore moins, un ensemble des normes principalement légales comme l'étatisme le professe, *elle est un juste rapport des biens et des personnes qui cherchent à découvrir la jurisprudence* au sens antique du terme.

En droit public, ce juste rapport entre les gouvernés et les gouvernants, entre ceux qui exercent la puissance publique et ceux qui la subissent est l'essence même de ce droit. Quant aux normes régissant ces relations, elles ne sont que des moyens pour déterminer ce droit. Ce sont des indices qui nous révèlent la réalité du droit. L'essentiel donc n'est pas la description formelle extérieure des propriétés d'un système, mais le contenu du droit dont ce système est porteur. Le tout donc n'est pas la « théorie ». Celle-ci n'est qu'un moyen de comprendre au mieux une figure de représentation. L'essentiel est la philosophie sous-jacente à la science du droit. Or, la faiblesse de la philosophie actuelle de la science juridique est de limiter l'activité de la connaissance à la logique formelle classique. Cette logique n'admet qu'une seule philosophie positiviste qui repose par essence sur un relativisme moral.

¹³² Quelle que soit la critique peu fondée et confuse du fondement axiologique du droit (voir la critique formulée par Ernst Wolfgang Böckenförd, *op. cit.*), la théorie des droits de l'homme et l'accroissement incessant des principes généraux du droit et des principes de valeur constitutionnelle pendant ces dernières années montrent bien que l'évolution du droit positif français répond à un besoin axiologique qui fonde la normativité constitutionnelle dans une large mesure. Affirmer le contraire pour des raisons théoriques, idéologiques ou méthodiques, c'est rester prisonnier de ses méthodes ou de son idéologie incapable de s'adapter à l'évolution du droit positif, ce qu'on peut considérer d'ailleurs comme une théorie fautive (au sens entendu chez Tarski) puisqu'elle ne correspond plus aux faits.

Mais malgré les discours du scientisme sceptique et du relativisme *Auschwitz* restera à la fois une question à laquelle le scepticisme ne saurait répondre et une limite infranchissable au relativisme moral.

Auschwitz signifie l'impossibilité radicale du relativisme de se fonder lui-même jusqu'au bout¹³³. On l'aura compris. Hume n'avait pas pensé que l'absence de la morale, en tant que règle protectrice d'une valeur ayant une existence objective¹³⁴ (non pas une simple question d'*utilité*), pouvait conduire à une telle atrocité inhumaine. Mais son scepticisme déguise une certitude plus redoutable encore que ses doutes. Pour bien douter, il faut douter parfois de ses propres doutes¹³⁵. Le jeune Pascal l'avait bien compris : pour comprendre vraiment, il faut renoncer à s'affirmer, il faut s'effacer. Un rationaliste aurait-il dit cela ? Je doute fort¹³⁶.

¹³³ Voir Marcel Conche *Le fondement de la Morale*, 2e éd., PUF « Perspectives critiques », 1993.

¹³⁴ Il faut souligner que je n'entends pas par « valeur » le sens entendu chez Kant, mais une connaissance de la réalité intelligible qui se livre à la conscience par l'intuition. Il s'agit ici d'une conception plus objective des valeurs qui ont leur existence propre d'où la condamnation de tout acte de barbarie que l'humanité a connu à *Auschwitz*. Si ces actes sont incontestablement condamnables et objectivement atroces, c'est parce qu'ils violent une valeur objectivement précieuse : la dignité humaine irréductible à toute convention, à tout relativisme, à tout scepticisme moral.

¹³⁵ Michel Villey a écrit, à juste titre, « La vraie attitude scientifique reconnaît pour maître *les choses*, et donc l'obscur et le mystère. Elle ne confond pas l'instrument de la connaissance et l'objet de la connaissance », Voir *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets personnels*, 1994, PUF, Livre I, n° 93, p. 26.

¹³⁶ Pascal disait « Il faut savoir douter où il faut, assurer où il faut en se soumettant où il faut », *Œuvres complètes*, par Louis Lafuma, Seuil « L'Intégral », 1963, fragment 170.