

THEORIE DU DROIT ET POLITIQUE

PAUL AMSELEK
Francia

“L’étude théorique du droit et la politique juridique, en dernière analyse, ne peuvent pas être séparées”.

(A. Ross, *On Law and Justice*, 1959).

Il est classique d’évoquer les relations étroites qu’entretiennent le droit et la politique; mais des relations non moins étroites existent entre la théorie du droit de type traditionnel —ce que l’on appelle encore couramment la “doctrine”— et la politique.

Toutefois, ces dernières relations sont victimes, dans notre conscience, d’un phénomène d’occultation dû à la conception dominante que l’on se fait aujourd’hui de la théorie du droit, à savoir la conception positiviste. Cette conception tend, en effet, à présenter le travail du théoricien du droit comme étant ou devant être neutre et dénué de toute coloration politique: théorie juridique et politique juridique se situeraient —et devraient demeurer— sur deux plans séparés et radicalement différents.

Cette volonté affirmée des juristes positivistes de prendre leurs distances avec la politique est, en vérité, tout à fait illusoire. Ce sera précisément le propos de ces brèves lignes de le montrer: nous commencerons par rappeler le modèle positiviste de la théorie du droit; nous verrons ensuite que ce modèle n’est qu’un mythe et que, dans la réalité, les choses sont tout autres.

I. Le modèle positiviste de la théorie du droit

La séparation de la théorie du droit et de la politique est l’une des bases fondamentales du positivisme juridique. C’est ce que l’on aperçoit, notamment, dans la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen, qui constitue sans doute la systématisation la plus développée et la plus rigoureuse des idées positivistes: “une théorie pure du droit, par quoi

j'entends une théorie exempte de toute idéologie politique. . . Mon but a été d'emblée d'élever la théorie du droit, qui consistait essentiellement en exposés plus ou moins camouflés de politique juridique, au rang d'une véritable science qui prendrait place à côté des autres sciences morales" (Préface de l'édition allemande de 1934 de la *Théorie Pure du Droit*, traduction française d'Henri Thévenaz, Edit. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953).

Plus précisément, on peut schématiser en trois propositions étroitement complémentaires le modèle positiviste de la théorie du droit.

1) *La théorie du droit est une science*. C'est là la prétention première du positivisme juridique: placer résolument la théorie du droit sous la bannière flamboyante de la science, de la science authentique, "positiviste". Le théoricien du droit est un savant et doit se comporter comme tel; son travail relève et ne doit relever que de la fonction de connaissance, comme dit Kelsen, et non pas de la fonction de volonté, à la différence des démarches de politique juridique.

2) *Corrélativement, le travail du théoricien du droit doit être purement objectif et dénué de tout élément de subjectivité*: Le juriste doit être dans le même rapport de distanciation par rapport au droit positif, au droit posé par les autorités publiques compétentes, que tout savant par rapport à son objet d'étude. Comme l'observe Kelsen à propos de la *Théorie Pure*, "théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce que'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot: elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique". (*Théorie Pure du Droit*, 2ème édition, traduction française de Charles Eisenmann, édit. Dalloz, Paris, 1962, p. 1).

3) *La théorie du droit n'est pas une source du droit*: Le théoricien du droit n'est pas une autorité juridique et il n'a aucun titre à intervenir au niveau de la production du droit, mais seulement au niveau de la connaissance du droit. Cette non-interférence de la théorie avec son objet d'étude est particulièrement soulignée par la différence que trace Kelsen (et qu'il veut radicale) entre les normes juridiques (*Rechtsnormen*), formulées par les autorités juridiques et objet des spéculations de la théorie du droit, et les propositions juridiques (*Rechtsätze*) formulées par la science du droit, à l'instar des autres sciences, pour rendre compte de son objet: entre le langage juridique dans lequel s'expriment les normes juridiques et le métalangage de la théorie juridique, il y aurait donc le même fossé qu'entre tout savant et son discours, d'une part, et les phénomènes observés, d'autre part.

II. L'irréalité de ce modèle positiviste

Bien que profondément ancré dans les esprits, ce modèle de la théorie du droit mis en circulation par le positivisme juridique n'est qu'un mythe auquel manifestement ne correspond pas la réalité, —un mythe sur lequel le positivisme juridique a cru pouvoir s'appuyer pour mieux combattre les tendances jusnaturalistes multiséculaires de la théorie juridique, des chimères aidant parfois à mieux chasser d'autres chimères!

1) *C'est ainsi que la théorie du droit de type traditionnel, qui représente encore aujourd'hui la quasi totalité des activités théorétiques dans le domaine juridique, n'est pas une science, mais une technologie, ce qui est tout à fait différent.*¹ Une science, en effet, étudie des phénomènes, c'est-à-dire des choses qui se produisent, en vue de formuler des normes rendant compte de la survenance de ces phénomènes dans le flux événementiel, —ce que l'on appelle couramment la "recherche des causes"; ces normes scientifiques (du type: "lorsque les phénomènes A et B se produisent, le phénomène C doit —ou peut— se produire") permettent aux hommes de se repérer dans le cours des choses, d'anticiper sur les trames événementielles de l'histoire et d'ajuster en conséquence leurs propres comportements.

La théorie du droit de type traditionnel n'aborde absolument pas le domaine juridique sous le rapport de phénomènes, de phénomènes humains ou culturels qu'il s'agirait d'observer pour fabriquer des règles rendant compte de leur survenance historique; elle aborde le droit d'un point de vue purement technique, comme un ensemble d'instruments, d'outils de direction des conduites humaines que sont les normes juridiques), en bref comme *une technique*. L'objet de sa démarche —et c'est en ce sens qu'elle est technologie— est de rationaliser cette technique, notamment par une présentation systématique et ordonnée des normes juridiques en vigueur, par un commentaire approprié faisant ressortir les corrélations entre les différentes normes édictées ou encore les diverses virtualités auxquelles les textes juridiques sont susceptibles de se prêter, etc.

C'est bien à tort que l'on assimile généralement cette activité de technologie juridique, et notamment de dogmatique juridique, à une activité scientifique: ainsi, par exemple, selon le doyen Jean Carbonnier, "c'est une science (celle que, dans la doctrine étrangère, on nomme volontiers la dogmatique) que l'exposition systématique des

¹ Sur cette distinction, voir notre ouvrage *Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*, édit. L.G.D.J., Paris, 1964, pp. 369 s.

règles constituant l'ordonnancement juridique, coordonnées logiquement à l'unité du système" (Droit Civil, tome I, P.U.F., Paris, 1977, p. 37); Kelsen observe pareillement: "de même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système unitaire, le cosmos, la nature, que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques, générales et individuelles, posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donés —a la science du droit, ne deviennent un système présentant une unité exempte de contradictions, en d'autres termes un ordre, que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit" (Théorie Pure du Droit, 2ème édition précitée, pp. 98-99). Il y a là, manifestement, confusion du "scientifique" et du "rationnel": une chose, en effet, est le travail de "mise en ordre" du savant, qui consiste à élaborer des lois du déroulement du cours des choses et à "quadriller" en quelque sorte par là le flux historique; une autre chose est le travail de "mise en ordre" du juriste-dogmaticien qui est un travail technique de rangement, de clarification des instruments juridiques, d'ordonnancement des normes juridiques entre elles à des fins purement pratiques, aux fins d'introduire de la cohérence, de la rationalité dans la technique juridique. Le juriste-dogmaticien n'est pas un savant observant des phénomènes, cherchant à déceler les processus de déroulement du réel; ce n'est pas l'*homo sapiens* voulant seulement connaître et en particulier se connaître (sciences humaines): c'est un artisan ou technicien au second degré s'appliquant à rationaliser des outils, c'est l'*homo faber* réfléchissant sur lui-même, sur ses instruments juridiques, sur sa technique juridique, en vue de l'améliorer, de la perfectionner.²

2) *L'objectivité de la technologie juridique a, par la force des choses, une portée limitée et ne se confond pas avec la neutralité qui s'impose au savant.* Le théoricien du droit doit, certes, respecter l'objet sur lequel il exerce son activité théorétique: il ne lui appartient pas de prétendre, en fonction de ses propres préférences idéologiques, que les normes juridiques émises par les pouvoirs publics ne sont pas du droit, que le "vrai droit" aurait un autre contenu et émanerait de prétendues autorités transcendantes. Par là, le positivisme juridique a justement voulu rompre résolument avec les dévoiements du jusnatu-

² Cela ne veut pas dire, évidemment, qu'une activité proprement scientifique n'est pas possible dans le domaine juridique, dans le champ des phénomènes juridiques, c'est-à-dire des faits d'activité humaine en rapport avec le droit. Simplement, cette science juridique authentique (ou anthropologie juridique) est très faiblement pratiquée: la théorie juridique continue de se déployer quasi exclusivement sur un plan technologique, et non pas scientifique.

ralisme; mais son erreur est d'avoir cru pouvoir aller plus loin en assimilant le statut de la technologie juridique à celui de la science: si le juriste-technologue est tenu par les données du réel qui lui fournissent le matériau même de sa réflexion (le droit historiquement posé par les pouvoirs publics constitués à cette fin), il n'est pas pour autant un simple observateur neutre et impartial animé du seul souci de regarder et de comprendre.

Dans sa fonction de rationalisation, il est amené, non seulement à décrire systématiquement les instruments juridiques en vigueur, mais aussi à les commenter, à les apprécier, à les juger, à mettre en relief leur harmonie ou, au contraire, à faire ressortir les contradictions, les lacunes et imperfections de toutes sortes qu'ils comportent, à dénoncer les atteintes qu'ils portent à certains grands principes, les résultats sociaux malsains auxquels ils conduisent ou sont susceptibles de conduire, à suggérer des solutions, des réformes, etc. Ce n'est pas par hasard que la technologie juridique est traditionnellement dénommée "doctrine": à la différence du savant, le juriste-technologue est un "doctrinaire" qui critique, prend position, opine. Il n'y a là aucune espèce d'égarement ou d'excès de compétence de sa part: c'est rôle social même qui oblige la théorie technologique du droit à être une théorie "engagée"; sa prétendue "neutralité" vole en éclats lorsqu'on ses démarches courantes dans la réalité. Contrairement à ce qu'affirme Kelsen, elle ne se prive nullement de dire "comment le droit devrait ou droit être".

3) *La technologie du droit est, pour ainsi dire, en prise directe sur l'expérience juridique.* Sans doute, le juriste-technologue ne se confond pas avec les autorités publiques habilitées à émettre des normes juridiques; il n'a pas cette qualité, mais celle de théoricien. Il est, cependant, tout à fait erroné de croire qu'entre lui et ceux qui fabriquent ou utilisent les instruments juridiques il y a la même distance qu'entre le savant et les choses que le savant observe.

En réalité, le juriste-technologue n'est pas un simple observateur, mais un acteur au second degré dans l'expérience juridique; son travail est tout entier au service de cette expérience: par ses commentaires, il éclaire le sens à donner aux règles juridiques édictées par les pouvoirs publics, fait apparaître les utilisations virtuelles auxquelles elles peuvent se prêter, propose des solutions aux problèmes qu'elles sont susceptibles de poser en pratique, etc. Il apparaît par là comme un précieux auxiliaire des techniciens du droit qui fabriquent ou utilisent les normes juridiques: son oeuvre de rationalisation accompagne, encadre en quelque sorte et complète l'oeuvre législative des pou-

voirs publics et, en ce sens, il est courant —on le sait— de mentionner la “doctrine” parmi les “sources du droit”.³

Le discours du juriste-technologue est bien un métalangage par rapport aux textes juridiques édictés par les pouvoirs publics, mais cela n’exprime nullement l’espèce de transcendance qui sépare le savant des choses observées ou, dans un ordre d’idées voisin, l’auditeur de la musique écoutée; le métalangage du juriste-technologue fait partie de la symphonie elle-même que constitue en quelque sorte l’expérience juridique.

“Mythe est le nom de tout ce qui n’existe et ne subsiste qu’ayant la parole pour cause”, disait Paul Valéry. Il serait peut-être temps d’en finir avec le mythe du juriste-technologue savant: dénier tout caractère scientifique au travail de la théorie du droit de type traditionnel, cela ne revient nullement à diminuer ses mérites (l’activité scientifique n’est pas, fort heureusement, la seule activité humaine qui soit digne d’être exercée), et encore moins à renouer avec le mode de pensée jusnaturaliste. Il s’agit simplement de dévoiler la nature authentique d’une activité théorétique qui joue, en pratique, un rôle considérable dans l’expérience juridique, mais dont nous avons cependant une conscience très brouillée, très syncrétique, ainsi qu’il ressort par exemple de cette observation de Karl Engisch: “c’est. . . l’avantage presque unique en son genre de la science du droit parmi les sciences culturelles de ne pas se promener à côté et derrière le droit, mais d’être admise à contribuer à former le droit lui-même et la vie dans et sous l’empire du droit” (Einführung in das juristische Denken, Stuttgart, 1956, p. 8).

³ Ce rôle de la doctrine est parfois, d’ailleurs, juridiquement institutionnalisé: ainsi, par exemple, l’article 1er du Code Civil suisse recommande aux tribunaux de s’inspirer des solutions consacrées par la doctrine; de même, selon l’article 38 d du Statut de la Cour Internationale de Justice, la Cour applique “la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”.