

La théorie du droit et le problème de la scientificité

Quelques réflexions

sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste

Wagdi SABETE

Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

RÉSUMÉ. — L'inadaptation de la théorie positiviste kelsenienne aux mutations du droit public positif nous incite à reconstituer la théorie actuelle du droit pour faire face à de telles mutations. Quant à la prétendue scientificité de la théorie pure, elle n'a jamais été autant à l'épreuve qu'aujourd'hui.

« Ce que je considère comme la cause fondamentale de la dissolution du Cercle de Vienne et du positivisme logique, ce ne sont pas ses diverses graves erreurs de doctrine... mais le fait qu'il ait cessé de s'intéresser aux grands problèmes. Bref, le fait que son esprit soit devenu scolastique. »¹

INTRODUCTION

Les mythes n'ont aucune pertinence objective. Cependant, le mythe de l'objectivité de la connaissance scientifique en droit est le seul qui continue à exister seulement à travers l'effort des théoriciens néo-positivistes.

Dans une large mesure, cette citation de Karl Popper trouve sa pertinence à l'encontre de la théorie néopositiviste. Elle exprime, à juste titre, sa position critique à l'égard du *Cercle de Vienne*. Ses travaux incitent les épistémologues à remettre en question l'orthodoxie des méthodes de l'école positiviste empiriste².

Seule la science juridique, probablement, par méconnaissance de l'analyse popperienne, n'a pas sérieusement renoncé au raisonnement du Cercle de Vienne. Le caractère rigoureusement scientifique de la théorie positiviste du droit ne fait pas de doute pour la majorité des théoriciens du droit. L'explication est très simple : pour diverses raisons,

¹ Karl Popper, *La quête inachevée*, Calmann Lévy « Pocket », 1981, p. 108.

² *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 ; *La connaissance objective*, éditions Complexe, 1982 ; *La quête inachevée*, *op. cit.*

ils préfèrent ne pas soumettre l'épistémologie positiviste de la science juridique au critère de falsifiabilité proposé par K. Popper³ comme critère de scientificité d'une proposition théorique.

Selon Popper, si la psychanalyse et le marxisme ont été considérés hors de la science, c'est précisément en ce que et parce que par nature, par la structure même de leurs théories, ils sont irréfutables. Ce sont des théories qui assimilent tout : il n'est pas un fait historique - écrit Jacques Monod - pas une observation clinique que de telles théories ne puissent assimiler⁴. C'est pourquoi elles ne sont pas des théories scientifiques. Alors que la théorie d'Einstein est au contraire réfutable, vulnérable à l'expérience. Tout l'apport de Popper consiste à nous dire que la théorie qui n'a pas été réfutée, n'a pas été et ne pouvait être prouvée.

Il faut admettre simplement que le chemin de la recherche doit laisser une place à la contestation. Et donc, affirmer que la théorie pure ou les théories normativistes sont à l'abri de critique ou irréprochables⁵, signifie simplement qu'elles ne sont pas des théories scientifiques mais des dogmes, des idéologies ou des doctrines soutenues par la communauté des théoriciens.

Scientifiquement, le critère n'est pas donc de prouver l'exactitude d'une théorie, encore moins sa conformité avec les faits mais au contraire : le tout est de prouver sa falsifiabilité. Car la science ne connaît pas la certitude objective. La seule certitude scientifique possible est une certitude négative et non positive. Autrement dit, une théorie est scientifique non parce qu'on peut démontrer sa conformité à certains faits mais parce qu'on peut démontrer sa fausseté. Par conséquent, une théorie scientifique est par définition ouverte et accepte le risque de sa disparition. Elle ne tire pas sa force de l'autorité de ses adeptes (contrairement aux autres types de croyances) mais de ses propres constructions et cohérences scientifiques.

La question que nous voudrions poser dans ce cadre est de savoir s'il existe effectivement une théorie du droit objectivement scientifique et quel est le critère de sa scientificité ?

Ainsi posée, la question risque de paraître provocatrice et le débat peut même sembler démodé. Pour les théoriciens positivistes et normativistes, cette question n'a aucun sens car le problème est tranché et le débat est clos. La théorie du droit est non seulement « neutre »⁶ mais aussi « froide »⁷. C'est ainsi que la doctrine dominante

³ Hormis les rares auteurs qui n'adoptent pas l'analyse positiviste kelsenienne, ex : O. Beaud, *La puissance de l'État, Leviathan*, PUF, 1994 ; G. Timsit, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, la théorie actuelle du droit se trouve profondément influencée par l'empirisme du Cercle de Vienne.

⁴ Voir Jacques Monod (Prix Nobel) préface de l'ouvrage de Popper : « Les critères de signification et de vérifiabilité que propose l'école néo-positiviste sont inopérants », p. 2.

⁵ « Le postulat méthodologique, la pureté, ne saurait être sérieusement mise en question si l'on admet qu'il doit exister quelque chose de tel qu'une science du droit », *Théorie pure*, p. X ; C. Atias a écrit aussi : « La science du droit doit être purement descriptive, exempte de tout parti pris, de toute conviction. Elle doit se présenter ainsi au nom de la nécessité de la science. C'est pourquoi la théorie pure est à l'abri de critique », *L'épistémologie juridique*, « Que sais-je ? », 1994, p. 101.

⁶ Sur les caractères neutres et l'objectif de la théorie positiviste du droit, voir M. Tropper : « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *Théorie du droit et science*, PUF « Leviathan », 1994, p. 311 et s.

conçoit la théorie du droit : une théorie scientifique, objective, neutre, froide et pure... notre objectif est simplement de démontrer que du point de vue épistémologique une telle théorie ne peut pas exister en droit. D'ailleurs, une théorie peut être parfaitement scientifique sans avoir la prétention d'objectivité ou de neutralité absolues. Cela ne peut être démontré sans aborder dans un premier temps le critère de la scientificité (I) et dans un deuxième temps l'application de ce critère nous conduit à tenir pour énoncés scientifiquement acceptables des propositions qui étaient toujours évincées par la théorie néo-positiviste à cause de leur caractère moral ou abstrait. Mais pour y parvenir, il faut employer une méthodologie plurielle plus ouverte (II).

I. — POUR UN CRITÈRE RELATIF DE LA SCIENTIFICITÉ DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE

Tout d'abord, j'insiste sur le terme critère relatif, parce que lorsqu'il s'agit d'une science d'interprétation sémantique, on ne peut pas prétendre à l'objectivité absolue.

Ensuite, il faudrait considérer toute théorie du droit comme moyen de proposer des concepts qui s'appliquent aux normes du droit positif.

La théorie scientifique relève de concept général et donc elle ne peut fournir une réponse à tout. Une théorie qui a une réponse à tout se sert « d'un obstacle épistémologique » (au sens entendu chez Bachelard⁸) pour garantir qu'elle reste à l'abri d'une remise en question. C'est l'idéal de pureté de Kelsen qui survalorise sa théorie en constituant en même temps un obstacle épistémologique placé au fondement de la théorie et qui tente de la garantir contre les mises en question et infirmation dont elle pourrait faire l'objet. C'est la caractéristique de la pensée pré-scientifique⁹.

À notre avis, une théorie n'est pas une arrivée mais une possibilité d'un départ. Elle n'est pas une solution achevée d'un problème mais un moyen de traiter ce problème. Le grand vertige empiriste du XIX^e siècle nous a fait croire que le monde du droit doit être transparent à notre esprit. Et pour y arriver, les notions qui rentrent dans l'usage et le discours juridique doivent être claires, précises, susceptibles d'un examen empirique et capables de faire l'objet d'une connaissance scientifique. Le résultat est de considérer des notions telles que la dignité humaine, la bonne foi, l'équité, dénuées de sens¹⁰, alors que le sommet de la rigueur scientifique est d'admettre que la réalité du droit soit incohérente ou au moins qu'elle ne soit pas transparente comme l'école néo-positiviste l'espère. La certitude scientifique due à l'empirisme du Cercle de Vienne se révèle au travers d'une seule méthode qui prêche, en droit, une *logique rigoureusement fermée aux autres disciplines* : c'est le positivisme juridique qui se targue de posséder la seule méthode

⁷ Denis de Bechillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 9.

⁸ Sur le concept « d'obstacle épistémologique », cf. G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, 1977, Spéc. 1er chapitre : « La notion d'obstacle épistémologique ».

⁹ F. Ost et M. Van de Kerchove : « Rationalité et souveraineté du législateur, paradigmes de la dogmatique juridique », *R.I.F.D.*, 1985, p. 243.

¹⁰ Voir sur ces notions, la thèse de Stéphane Rials : « Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité », L.G.D.J., 1980.

correcte et les seuls résultats acceptables. Et il se rapproche par cette prétention à l'idéologie ou à la doctrine en s'éloignant par là même de l'exigence scientifique¹¹. Car la connaissance de nos limites ne peut déboucher que sur une seule certitude : que la science du droit n'est pas une science empirique mais une science d'interprétation, une science herméneutique. Par conséquent, proposer une interprétation, c'est en somme élaborer un modèle sémantique à partir duquel on pourra cerner le fonctionnement ou la signification de l'objet étudié (la norme). Cette démarche interprétative rend possible un progrès dans la compréhension du droit. C'est une démarche fort analogue à celle qui est suggérée par le critère de la falsifiabilité de K. Popper. Car toute interprétation doit être regardée comme une hypothèse et ainsi elle doit être mise à l'épreuve de la falsifiabilité.

Exemple : est un acte de gouvernement la décision du 13 juin 1995 du Président de la République de reprendre les essais nucléaires en Polynésie française. Cette interprétation a pour effet d'étendre la théorie de l'acte de Gouvernement non seulement aux actes relevant directement des relations internationales mais aussi aux actes « pris au préalable d'une négociation d'un traité international », c'est l'argument évoqué dans la décision du Conseil d'État du 29 septembre 1995 (Greenpeace contre la France, *R.D.P.* 1996, n° 4, pp. 1162-1170).

Mais cette interprétation pose aussi l'hypothèse suivante : le critère de l'indétachabilité de l'acte des relations internationales devient encore plus large, car en effet la décision de la reprise des essais nucléaires n'a pas été prise dans le cadre d'une convention internationale mais elle a été prise bien *avant* la négociation d'une telle convention. Cela dit, pour déterminer l'étendue de la théorie de l'acte indétachable, on donne une interprétation plus large qui correspond avec cette jurisprudence et qui résiste à l'épreuve de falsifiabilité en attendant une autre décision qui risque de mettre en échec notre hypothèse.

Cependant, on ne peut pas toujours tracer des frontières décisives entre ce qui est connaissable scientifiquement et ce qui ne l'est pas. Il existe, certes, des notions floues en droit mais ceci n'est pas une raison pour les bannir du discours juridique puisque l'interprétation qu'on leur donne est soumise au critère de la falsification. Donc, bannir ce que Kelsen appelle les notions métaphysiques¹² du monde du droit risque de poser un problème de « *conscience scientifique* » avant même de poser un problème de « *connaissance scientifique* ».

En fait, la doctrine dominante présente des théories de la science juridique soi-disant « pures »¹³ ou « froides ». Mais pour que la science juridique soit ainsi, il faut éliminer tout ce que ne convient pas au postulat de la pureté. Ainsi, il a fallu évincer tout ce qui contredit cet idéal pour que la théorie reste bien froide et neutre sans aucun jugement de valeur. Et pour suivre la même logique et aseptiser la théorie juridique, on a sacrifié toute notion insusceptible d'examen cognitif. Il ne nous reste finalement que des procédures et des formes à décrire, ce qui donne à la science du droit une seule signification possible procédurale et technique. Mais cette vision purgative ne peut que cacher un arbitraire sous-jacent, encore plus difficile à cerner empiriquement des notions telles que

¹¹ Sur l'interprétation politique du positivisme, voir Uberto Scarpelli : *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, L.G.D.J., 1996, pp. 31-67.

¹² Voir sa *Théorie générale du droit et de l'État*, L.G.D.J., 1997, pp. 57-63 ; voir aussi sa *Théorie pure du droit*, 2e édition Dalloz, 1962.

¹³ Kelsen, *op. cit.*, « Théorie pure... » ; D. De Bechillon, *op. cit.*, p. 9.

les circonstances exceptionnelles, la juste indemnisation, les besoins normaux, le dommage anormal de voisinage, les moyens convenables de l'existence, violation excessive, raisonnable, suffisant, sérieux, etc.¹⁴. Cependant, la jurisprudence administrative emploie ces notions qui font depuis toujours partie de la science juridique.

Ces notions révèlent d'une part notre incertitude et l'embarras d'une analyse empirique incapable de déterminer la signification et le contenu de ces notions. Et d'autre part, ces normes standards révèlent le fait que la science juridique ne peut être ni pure, ni neutre. Elle n'est pas pure parce qu'elle se relie d'un côté à la philosophie et de l'autre aux idéologies politiques¹⁵. Mais aussi elle n'est pas neutre car toute norme juridique prescrivant un devoir être de la conduite humaine, prend une position envers le comportement exigé, prohibé ou permis. C'est ainsi que la norme juridique (l'objet de la science selon l'école positiviste kelsenienne) représente une rupture avec l'indifférence¹⁶ et le parti pris est donc omniprésent en droit. Quel que soit le souci de l'objectivité d'un théoricien, dans son option théorique il réside une vision du monde ou un élément philosophique qui engendre ou qui fonde ses concepts théoriques. Même un positiviste comme N. Bobbio affirme que le droit n'est pas une science empirique. Ses règles « sont des propositions qui possèdent une légalité idéale et non réelle. Ce sont des règles qui concernent un comportement futur, elles ne représentent pas d'événements réels. Leur vérité ne provient pas de leur vérifiabilité, mais de leur correspondance à certains principes éthiques reconnus comme critères d'action dans une société donnée »¹⁷. À vrai dire, le juriste est confronté au langage et non seulement aux faits démontrables. Ce langage est pratiquement non vérifiable¹⁸.

Or, si « la connaissance juridique scientifique » a pour but la connaissance des phénomènes et des normes juridiques en tant qu'objectif prioritaire ou une fin en soi¹⁹, ceci implique évidemment une vision de ces phénomènes et normes dans leur milieu social. L'analyse systémale²⁰ du phénomène juridique peut déboucher sur une connaissance de la signification des règles qui risque d'être contraire dans ses résultats à un simple travail descriptif de la norme existante isolée du milieu de son application. La divergence de

¹⁴ L'attitude de certains auteurs néo-positivistes à l'égard de ces notions n'est pas difficile à concevoir. Il est évident pour eux qu'un principe tel que « la souveraineté nationale appartient au peuple » n'est qu'une proposition métaphysique, alors que « la dignité humaine » n'est qu'un dogme dénué du sens normatif. Quant à « l'État de droit », l'équité, la bonne foi, ce sont toutes des notions floues, insaisissables puisqu'elles ne font pas l'objet d'une connaissance empirique. Ainsi, il serait légitime d'évincer ces notions de la science juridique qui ne s'occupe que des propositions vraies démontrées empiriquement et susceptibles de faire l'objet d'une connaissance scientifique vérifiable.

¹⁵ W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., 1965, p. 3.

¹⁶ Friedmann a écrit : « Le droit ne peut échapper aux luttes de la vie. Toute philosophie du droit, tout système de droit, tout jugement se rattache forcément, fût-ce de loin, à une idéologie politique, l'autonomie du droit est une illusion, un rêve et même pas un beau rêve », p. 27.

¹⁷ In Enrico Pattaro, *Vers une définition de la science juridique*, Revue de synthèse, 1985, p. 248.

¹⁸ N. Bobbio, « Scienza del diritto e analisi del linguaggio », in Uberto Scarpelli, éd. *Diritto e analisi del linguaggio*, Milan, Communita, 1976, pp. 287-324.

¹⁹ Voir Vittoris Villa : « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in *Théorie du droit et sciences*, sous la direction de P. Amssek, PUF, 1994, p. 286.

²⁰ Voir sur l'analyse systémale, G. Timsit, *Archipel de la norme*, op. cit.

méthode entre le Cercle de Vienne et les épistémologies postérieures nous montre qu'une proposition peut être scientifique ou anti-scientifique selon le critère adopté de la scientificité.

La méthode empirique défendue par le Cercle de Vienne est fondée sur le principe de vérifiabilité qui constitue, en effet, la base de l'empirisme moderne. Selon ce principe, tout ce qui n'est pas vérifiable est exclu de la science, d'où l'exclusion des propositions métaphysiques du domaine scientifique. Mais le principe de l'empirisme va encore plus loin : seules sont douées du sens, les propositions analytiques ou synthétiques et à condition qu'elles portent à un état des choses connaissables ²¹. Seule scientifique, une proposition vraie correspondant à un état de fait empiriquement démontré.

Dans cette perspective, beaucoup de propositions théoriques en droit ne répondent pas vraiment à un tel critère. Par conséquent, on les élimine de la science juridique. Si l'on applique cette méthode à la science constitutionnelle par exemple, on est obligé d'admettre que le principe de la suprématie de la Constitution n'est pas une proposition scientifiquement valable. La Constitution n'est pas obligatoire ²². Car la constatation sur laquelle peut être basée cette proposition est dépendante de la volonté de l'auteur de la saisine du Conseil constitutionnel. C'est bien ce contrôle qui rend la norme constitutionnelle obligatoire et donc valide ²³. Ainsi on ne peut jamais affirmer la vérité ou la fausseté d'une telle proposition dépendante d'une autre proposition aléatoire (le contrôle systématique du Conseil constitutionnel).

Alors que pour K. Popper même « les idées métaphysiques sont souvent des anticipations des idées scientifiques » ²⁴, il a critiqué le principe de confirmabilité avec les faits. L'essentiel pour qu'une proposition soit scientifique, qu'elle soit falsifiable mais certainement pas d'établir conclusivement qu'elle est vraie ²⁵. Popper va encore plus loin, et plus profondément du point de vue scientifique ; il dit : « si nous réussissons à falsifier une hypothèse, celle-ci est fautive mais nous serons dans l'obligation d'envisager une nouvelle hypothèse capable de résister à l'épreuve du critère qui a falsifié la précédente » ²⁶. Aussi longtemps que cette hypothèse est résistante à cette épreuve qui a falsifié une hypothèse précédente, aussi longtemps que cette hypothèse est parfaitement scientifique. Mais dans ce cas, nous ne disons pas que cette hypothèse est vraie (comme l'école néo-positiviste), nous disons simplement qu'elle a résisté à l'épreuve de falsification. En envisageant des nouvelles hypothèses successives capables de résister à des épreuves accumulées de falsification, on peut construire une « théorie » capable de se

²¹ Jean Ladrière : « Les sciences humaines et le problème de la scientificité », *Les études philosophiques* n° 2, *Le statut épistémologique des sciences humaines*, 1978, p. 138.

²² Troper : « Le problème de l'interprétation et la théorie de la superlégalité constitutionnelle », *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 150.

²³ M. Troper : « La notion de principes supra-constitutionnels », *R.I.D.C.*, Journée franco-italienne, n° spécial, vol. 15, 1993, p. 354.

²⁴ La quête inachevée, *op. cit.*, p. 108.

²⁵ On peut souligner que la dogmatique juridique connaît des principes indémontables tels que la rationalité du législateur ainsi que sa souveraineté. Elle utilise par là même la notion de paradigme chez Kuhn (ensemble des croyances et techniques reconnues par les membres d'un groupe scientifique). Voir, *La structure des révolutions scientifiques*, 2e éd., Paris, 1973, p. 207. C'est la partie métaphysique de la dogmatique dont on ne parle jamais.

²⁶ Voir J. Labrière, *op. cit.*, p. 139.

soumettre à ce critère²⁷. Si l'on applique ce raisonnement à la matière juridique, on voit que la suprématie de la Constitution par exemple est une proposition qui a un degré de scientificité pour diverses raisons.

D'abord, il est aisé de démontrer que les juges constitutionnels et administratifs appliquent la norme constitutionnelle qui « s'impose à toute autorité administrative et juridictionnelle ». Ensuite, le principe de la suprématie de la norme constitutionnelle peut être lui-même falsifiable en mettant en cause son application dans certains cas. Il suffit de donner deux exemples : le premier, c'est le cas où le Conseil constitutionnel n'est pas saisi d'une loi dont la signification va à l'encontre de la signification des normes constitutionnelles ; le deuxième exemple, lorsque le Conseil d'État applique la théorie de la loi-écran et cette même loi devient une mesure de la validité de toute une série des actes administratifs pris conformément à la loi qui risque d'être non conforme à la Constitution. Dans ce cas de figure, la Constitution souffre d'exception non seulement vis-à-vis de la loi mais aussi vis-à-vis de l'acte administratif. Il est donc possible de conclure que le critère de falsifiabilité fait de ce principe un principe scientifiquement valable alors que l'analyse strictement empiriste voit ce principe comme empiriquement non scientifique puisqu'il existe des cas où on ne peut pas vérifier le caractère obligatoire de la Constitution.

C'est l'exemple démonstratif qui prouve que la différence entre les méthodes a des incidences sur les propositions théoriques de la science.

Autre exemple aussi démonstratif : la théorie de la limitation matérielle du pouvoir de révision constitutionnelle, empiriquement, ne peut donner naissance à aucune obligation juridique pour le pouvoir de révision ayant pour objet de limiter son action. En l'absence d'un contrôle qui sanctionne systématiquement et sévèrement une loi constitutionnelle qui transgresse cette limitation, cette théorie ne peut pas exister scientifiquement. Mais dans une autre perspective, on peut concevoir d'autres hypothèses beaucoup plus riches.

D'abord, l'hypothèse d'une norme limitant l'action du pouvoir du Congrès peut être légitimement délogée de l'ensemble des dispositions constitutionnelles et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁸. Mais on peut s'y opposer en invoquant l'absence d'une sanction qui rend cette norme empiriquement obligatoire.

Cette objection se heurte à une conception non empiriste qui conçoit la sanction comme condition de l'efficacité et non de l'existence d'une norme qui est déjà juridique. Logiquement, une norme doit être obligatoire d'abord pour que sa violation soit sanctionnée. À juste titre, Denys de Bechillon a défendu cette thèse : « l'existence d'une contrainte prouve l'existence d'une obligation mais pas l'apparition d'une obligation juridique... »²⁹ « L'obligation existe nécessairement avant qu'on la sanctionne. Elle ne peut même être sanctionnée que dans la mesure où elle préexiste à la sanction »³⁰.

La logique impose donc ce raisonnement : on n'admet pas d'être puni pour avoir violé une norme qui n'était pas obligatoire. Si la sanction rend valide la norme constitu-

²⁷ *La logique de la découverte...*, *op. cit.*

²⁸ Décision du 2 septembre 1992, Maastricht II, G.D.C.C., 7e édition, Sirey, p. 792. Voir aussi l'article 89 de la Constitution de 1958.

²⁹ De Bechillon, *op. cit.*, p. 67.

³⁰ *Ibid.*, p. 70.

tionnelle, les Constitutions de 1946 et de 1958 (jusqu'en 1971) n'étaient donc pas des normes juridiques valides puisqu'elles n'étaient pas systématiquement sanctionnées, alors qu'on peut affirmer selon une autre perspective que ce sont toutes deux des normes juridiques dans tous les sens du terme. Elles étaient respectées et appliquées par les pouvoirs publics malgré l'éventuelle violation que l'on peut constater quelquefois et malgré l'absence du contrôle de constitutionnalité. La norme ne tire donc pas sa juridicité de la sanction comme l'avait estimé Kelsen mais de sa prescription et de la signification qu'on lui donne dans la pratique de la vie juridique. Ce que le Professeur Gérard Timsit a remarquablement montré : la prédétermination, la codétermination et la surdétermination qui donne une signification à la norme juridique.

Il suffit simplement de s'émanciper du raisonnement du Cercle de Vienne pour qu'on puisse arriver à une autre conclusion qui n'aurait jamais été atteinte par le critère néopositiviste de la scientificité.

Bref, abandonnons le critère du Cercle de Vienne ³¹, on se retrouve dans l'obligation d'avoir un regard complètement différent de la théorie du droit telle qu'elle était présentée par l'école néo-positiviste. On parviendrait aux conclusions également scientifiques correspondant à la nature du droit comme science sociale ayant un caractère normatif. *C'est ainsi qu'on peut assurer un véritable progrès de la pensée juridique : une proposition est acceptable comme proposition scientifique si et seulement s'il est possible dans les circonstances appropriées, d'en établir éventuellement la fausseté, en démontrant que l'une des conséquences que l'on peut en dériver ne s'accorde pas avec les données disponibles* ³².

Dans la logique poppérienne, les représentations scientifiques découlent de nos représentations mythiques extérieures. La théorie et le langage sont toujours là, bien avant nos observations. Ainsi, le travail scientifique sera un travail intellectuel, un travail d'invention, par lequel la communauté scientifique va remplacer certaines représentations par d'autres jugées plus adéquates ³³.

On peut légitimement douter de l'allégation systématique d'objectivité des théories néo-positivistes. J. Habermas estime que la technique de la science est mise au service de l'idéologie ³⁴. Car non seulement les sciences sociales ne se distinguent pas complètement de l'idéologie mais aussi comme l'avait écrit G. Fourez, « la proposition tel résultat est scientifique, est profondément idéologique » ³⁵. En effet, ce qu'elle vise surtout, c'est légitimer le résultat en question en faisant appel à la notion de scientificité : il n'est pas rare d'invoquer des arguments biologiques pour justifier une économie concurrentielle ³⁶, ou de tirer de la théorie de l'évolution des conséquences philosophiques ou théologiques à propos de l'humanité. Ceci prouve une fois de plus l'utilisa-

³¹ Certains épistémologues contemporains tendant à adopter le critère popperien. Voir Gérard Fourez, *La construction des sciences*, éd. De Bock University, 3^e éd., 1996, p. 56 ; B. Lamotte, « Le réductivisme, méthode ou idéologie », in *Lumière et vie*, T. XXXIV, 1985, pp. 5-18.

³² J. Ladrière, *op. cit.*, p. 139.

³³ Voir G. Fourez, *op. cit.*, p. 68.

³⁴ Voir J. Habermas, *La technique et la science comme l'idéologie*, Gallimard, 1973

³⁵ G. Fourez, *op. cit.*, p. 151

³⁶ *Ibid.*, p. 152

tion idéologique de la science. L'étonnant est que le droit soit la seule science qui se voit objective !

Par ailleurs, les théories néo-positivistes conduisent, à empêcher un progrès de la recherche juridique pour deux raisons principales ; la première : toutes les notions empiriquement fausses sont évincées de la science juridique³⁷. La notion de droits de l'Homme s'avère peu juridique, voire anti-scientifique, mais pas plus qu'une autre : la bonne foi, l'équité, le droit subjectif, la dignité humaine, les moyens convenables de l'existence, etc. Alors que ces notions adoptées par le droit positif et appliquées par le juge peuvent acquérir une signification scientifiquement valable soumise au critère poppérien et faire ainsi partie de la science du droit. D'ailleurs, l'analyse systématique de l'ordre normatif telle qu'elle est présentée par G. Timsit, nous montre le rôle des valeurs dans la détermination de la signification de ces normes.

La deuxième : il n'y a pas lieu d'une recherche juridique sur la science juridique, comme il n'y a pas lieu d'un commentaire ou d'une étude du droit. Pourquoi ?

E. Picard l'a bien démontré :

« La science du droit en se prévalant des qualités qu'elle se reconnaît exclusivement, entend au fond se réserver le monopole du discours cognitif sur le droit et interdire à toute autre instance qu'elle-même, et en particulier à une doctrine du droit qui ne serait pas scientifique selon ses critères, de se prononcer valablement sur le droit : nulle autorité ne pourrait plus parler sur le droit en prétendant se situer en même temps dans le droit, c'est-à-dire en entendant donner une portée plus ou moins normative à son discours. Mais, par le fait même, elle refuse aussi à la démarche rationnelle de s'ériger en source de droit. Cette science du droit opère donc un double enfermement : d'abord celui de la science du droit, ainsi assignée à résider dans le seul domaine cognitif ; puis celui du droit lui-même, qui, en tant qu'il se crée, se verrait cantonné dans une fonction prescriptive. Celle-ci pourrait donc rester l'effet d'une volonté arbitraire de la part de ses auteurs ; et ces derniers, pour justifier leurs actes, n'auraient même pas, à l'égard de la fonction cognitive, à invoquer la justice ni l'opportunité, puisqu'elles sont sans doute indiscutables scientifiquement ; ainsi, dans l'exercice de cette fonction jurislatrice et au regard de la fonction cognitive, ni la raison ni la justice n'auraient par elles-mêmes une quelconque validité. La science du droit prétend donc à une soi-disant impartialité dans l'exercice de sa fonction cognitive relative au droit : mais comment ne pas prendre parti en droit, alors que le droit, dans sa détermination vivante, s'est toujours entièrement construit à partir des quaestiones, de la disputatio, des conflits, des controverses, des argumentations sur le fond du droit. Privilégier la science du droit contre la doctrine, c'est aussi vouloir, à l'inverse, se dégager de la préoccupation

³⁷ Il n'est pas étonnant que Kelsen adopte le même raisonnement du Cercle de Vienne. Celui-ci rejette l'idée qu'il puisse y avoir une authentique théorie de la connaissance en dehors de l'empirisme (*La logique...*, p. 48). Par conséquent, une théorie qui ne relève pas de la science empirique ni de la logique est impossible puisque ce qui se situe en dehors de ces deux champs doit être du pur non sens (note 1, p. 48).

propre aux acteurs du droit, qui, comme lui, ont besoin de sécurité, de stabilité, de non-contradiction, de continuité, et de raison pratique »³⁸.

Cette analyse incite à poser une question au positivisme juridique formaliste ; une question qui a été posée par Neil Maccormick. Il s'agit de savoir : « comment devrions-nous justifier des décisions portant sur l'interprétation et l'application de nos critères de validité ? »³⁹. Pour sa part, Maccormick hésite longtemps avant de considérer cette question comme non juridique (idéologique comme le disaient Kelsen et Hart). Pourquoi devrions-nous considérer toute décision, rendue sur la base d'une règle satisfaisante à nos critères de validité, comme suffisamment justifiée ?⁴⁰.

La théorie positiviste écrit N. Maccormick n'est pas en mesure de répondre à cette question qui se pose plus que jamais aux juges.

Mais l'analyse du Professeur Picard démontre également que la doctrine du droit selon le positivisme scientifique ne peut pas apporter à la science elle-même grand-chose. Cependant, le chercheur n'a pas pour fonction seulement d'observer des phénomènes, ni de les expliquer au sens fort mais de suggérer de nouvelles investigations, d'indiquer de nouvelles possibilités. Il ne reste pas figé, borné à la description mais il essaie d'analyser, de confronter d'autres théories, d'évaluer le système normatif pour montrer ses imperfections. Sinon l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort⁴¹. Quant à la prétendue objectivité de la théorie positiviste, il suffit d'évoquer le remarquable article de Danièle Lochak qui nous démontre l'impossible neutralité de la dogmatique juridique⁴². Car a-t-elle écrit, l'insistance mise sur l'objectivité du juriste traduit manifestement un besoin de se justifier devant les lecteurs ou devant soi-même⁴³.

Or, la scientificité du droit devient une sorte de profession de foi positiviste qui donne à ses croyants une vision privilégiée de la science, simpliste et confortable puisqu'elle est tout simplement descriptive. On est obligé de se référer encore à Karl Popper qui propose de considérer que « la base sur laquelle la science est fondée ne réside en dernière analyse ni dans des idées innées ou des lois de la pensée, ni dans une référence indépendante de la subjectivité, mais dans un accord méthodologique, permettant la constitution d'une intersubjectivité qui sert de critère à la vérité propre de la science et la distingue d'autres types de discours »⁴⁴. Finalement, il est indispensable de remarquer que le critère de falsifiabilité suppose une représentation particulière du savoir ; d'abandonner des connaissances passées pour construire un nouvel édifice⁴⁵ selon une

³⁸ « Science du droit ou doctrine juridique », *Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, p. 143.

³⁹ Voir son ouvrage, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF « Les voies du droit », 1996, p. 73.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁴¹ Si les théories scientifiques changent continuellement comme l'avait écrit Popper (*La logique de la découverte...*, *op. cit.*, p. 69), il serait temps que la théorie du droit adopte d'autres conceptions scientifiques que celles-ci : dichotomique, théologique et syllogistique du droit.

⁴² « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in *Théorie du droit et sciences*, *op. cit.*, p. 293 et s.

⁴³ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁴ Voir René Sève, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper » in *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 49 et s.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 54.

nouvelle méthodologie. Celle-ci est plurielle, elle envisage la science non dans une vision statique selon laquelle on se satisferait d'un simple constat du réel mais dans une vision dynamique qui transforme notre idée sur la réalité, qui l'explique, en cherchant son origine, sa structure et sa signification.

Mais avant de présenter cette méthodologie plurielle, il est intéressant de connaître l'évolution du droit public français et ses incidences sur la théorie du droit adoptée.

Dans ce cadre, il est inévitable de constater que la transcendance des droits de l'Homme (à laquelle le positivisme étatiste et formaliste était hostile) a impliqué la mise en cause de deux principes étroitement liés et professés par le rationalisme moderne : « *la loi est l'expression de la volonté générale* » et la rationalité du législateur. Leur origine réside dans le positivisme révolutionnaire dont l'avatar est le positivisme légaliste présenté par sa figure la plus brutale de Kelsen et de son école. Quant au droit naturel qui coïncide avec une « *volonté générale* », il ne peut être qu'un droit de *genre* pour une majorité fondée sur un consensus. Dans une perspective jusnaturaliste, la volonté générale, « *cette faculté de vouloir commune* » comme disait Robespierre, ne saurait être que la volonté de la nation guidée par *la Raison* qui reste, par ailleurs, incontrôlable comme s'il était infaillible. Or, un tel droit naturel implique que tout ce qui est à l'intérieure de cette volonté de consensus soit valide et donc il s'impose en tant que vérité décrétée par le nombre. C'est là où la conception révolutionnaire de droits de l'homme conduisait aux pires des aberrations dans l'histoire constitutionnelle française. Cette noble notion ne saurait être l'otage d'une conception aussi réductrice d'une loi intouchable censée exprimer une volonté générale aussi fictive qu'un droit naturel fondé sur la moyenne générale et une nature coupée de la singularité de la personne humaine comme être unique et irremplaçable dont la dignité ne dépende pas de la loi du nombre. La *convention* substitue à la *valeur* et la volonté devient une puissance vide coupée de tout principe directeur. C'est ainsi que le droit naturel de la Révolution française n'a eu aucun mal à épouser le conventionnalisme de Hume. C'est justement pourquoi l'évolution de notre système a permis que la loi du nombre soit censurée pour non-conformité aux principes transcendants des droits de l'Homme. C'est l'avènement d'une nouvelle figure singulière dans sa fonction, unique dans son rôle ; c'est le rôle du juge constitutionnel qui ne se borne pas à déclarer que la loi est contraire aux procédures de son élaboration (comme l'estiment certains auteurs formalistes aujourd'hui) mais surtout, aux normes de fond dont l'implication et l'exigence n'ont pas été respectées par le législateur. Donc, la logique du constitutionnalisme tourne le dos aux principes posés en 1789.

À quoi bon servir de maintenir les dogmes qui s'y rattachent ?

Ce faisant, le juge constitutionnel devient le gardien des valeurs fondamentales proclamées par un peuple souverain dans la constitution. Ce sont les principes des droits de l'homme qui font de la constitution une véritable charte de la liberté⁴⁶. Dans ces conditions, il est logique de déclarer que « *la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution* »⁴⁷. Si le principe révolutionnaire « *la loi est l'expression de la volonté générale* » était le fondement du principe de la hiérarchie des normes

⁴⁶ D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 8.

⁴⁷ C. C. 25 août 1985, Évolution de la Nouvelle-Calédonie, n° 197D. G.D.C.C., 7^e éd., 1993, n° 39, considérant n° 27.

comme le conçoivent certains auteurs⁴⁸, il serait temps d'admettre une mise en question de cette hiérarchie dans la mesure où son fondement a été mise en cause par le Conseil constitutionnel qui impose le respect de la constitution, et non pas la souveraineté de la loi.

Or, cette évolution du droit positif français nous incite à reconstituer la théorie du droit, telle qu'elle est enseignée en France aujourd'hui. Car elle souffre de ce que G. Bachelard a appelé « la bipolarité des erreurs », selon laquelle les obstacles qui s'opposent à l'esprit scientifique se présentent toujours par paires⁴⁹ : Jus naturalisme et positivisme, formalisme et matérialisme, l'interprétation est un acte de volonté ou un acte de connaissance, une dissociation est encore établie entre la description et la prescription au nom de la loi de Hume, une autre est établie entre *sein* et *sollen* chez Kelsen, l'autorité ou la raison comme fondements de la décision juridictionnelle. Ce sont toutes des formes de dichotomie engendrées par le positivisme scientiste mais qui révèlent toutes le même symptôme : la bipolarité des erreurs. Dans la même logique on a cru construire une science pure de droit public et non pas une science qui s'est confondue avec la science politique sans penser qu'il existe éventuellement dans toutes ces hypothèses une troisième voie : celle qui intègre les *faits* dans la science du droit car le droit n'appartient pas exclusivement au monde de *sollen* mais aussi de *sein*.

Cependant, la question qu'on pose ici est tout autre : Sommes-nous obligés d'adopter la philosophie de Hume pour avoir une théorie scientifique du droit ? Y a-t-il eu une science juridique avant Hume et Kant ? Y aurait-il une étude scientifique du droit sans adhérer à leurs philosophies ?

À vrai dire, la loi de Hume pose sérieusement le problème de l'accès de l'être aux valeurs morales. Pour lui, il s'agit toujours d'une *croyance subjective* puisque la Raison humaine ne peut pas accéder à l'ordre métaphysique. Mais ce qui est paradoxal est la négation de cet ordre lui-même par un autre présupposé également indémontrable (tout au moins par le même moyen scientifique), et qui consiste à prétendre que personne ne peut objectivement connaître cet ordre et, donc, un tel ordre ne peut pas exister. Par conséquent, tout ce qui existe est une simple croyance subjective qui relève de notre émotion et donc dénuée de toute valeur scientifique. Voilà en quoi se réduit le rapport entre la science du droit et les valeurs morales !

Cependant, il ne s'agit pas de saisir un ordre métaphysique illusoire mais simplement d'admettre le fondement moral des droits de l'homme, de la protection des incapables, de la bonne foi, etc. Mais pour nier ces évidences du monde scientifique du droit, il faut remonter au point de départ de la philosophie humienne qui inspire cette dissociation et qui réside en effet dans sa vision de l'homme. L'homme de Hume est un *fait*⁵⁰, il est perçu dans sa phénoménalité empirique. La faiblesse humaine, dénigrée par l'orgueil humien, fait que l'homme ne se suffit pas de lui-même, il est dépendant de la société pour combler ses besoins. Or, la convention politique et juridique est établie par

⁴⁸ Philippe Blacher, « Les incertitudes de la volonté générale et ses conséquences sur le principe de constitutionnalité », *IIIe Congrès français de droit constitutionnel à Dijon*, 1996, p. 3, voir la définition de la légalité selon le doyen Vedel et le professeur Delvolvé comme *la qualité de ce qui est conforme à la loi*. *Droit administratif*, PUF, 7e éd., p. 374.

⁴⁹ *La formation de l'esprit scientifique*, (1934), Paris, 1970, p. 20.

⁵⁰ V. sur cette critique de D. Hume l'ouvrage du professeur J.-M. Trigeaud, *Essai de philosophie du droit*, Studio Editoriale di Cultura, 1987, pp.151-156.

la société nécessairement à cette fin, ainsi que la convention morale qui constitue dorénavant les principes de justice. C'est la justice *utilité* donc qui ne coïncide avec aucune valeur en soi (et qui sert surtout à protéger la propriété) qui s'impose par la force de la convention. Réduite à un simple *fait* établi par la convention (chez Hume) ou par une *volonté générale* (dans la tradition française), la valeur de justice, et la dignité humaine, sont des mots qui ne portent aucun sens donc du point de vue scientifique. Mais une telle démarche ne regarde pas *l'homme persona*⁵¹, comme fondement du droit, d'où le besoin de fonder cette théorie sur une base philosophique qui considère la personne dans sa relation avec autrui, dans l'engagement de sa liberté reconnue par le droit et engagée par sa volonté ; d'où le besoin de chercher au-delà des catégories juridiques créées par les normes, *l'Être* à qui le droit adresse celles-ci.

C'est le fondement d'une théorie du droit constitutionnel de la liberté. Le coût est de renoncer à une science qui ne porte que sur la *partie* pour fonder une théorie de science qui porte sur *le tout* ; *un tout* dont on a si peu de connaissance. Celle-ci devrait porter sur le contenu et la forme ? Sur le mot et le sens, sur la voie du droit et la voix du droit. C'est dans un parfait équilibre entre l'extérieur et l'intérieur, entre la forme et la matière entre la lettre et l'esprit, qu'on peut donc reconstituer la théorie du droit. Allons donc ! Partons ensemble ! Mais, avant de partir il faudrait qu'on soit d'accord sur *deux principes* habituellement méconnus : le premier consiste à considérer que les deux opposés dans un raisonnement ne sont pas forcément contradictoires mais, plutôt complémentaires.

Le second est une mise en garde : il est inconséquent de faire appel à la raison scientifique tant qu'elle peut servir une thèse et de la récuser dès qu'elle risque de la mettre en péril.

Maintenant, il est temps d'expliquer la démarche méthodologique pour une théorie scientifique du droit (II).

II. — UNE MÉTHODOLOGIE PLURIELLE DE LA SCIENCE JURIDIQUE

Une méthodologie plurielle peut être aussi scientifique que celle de néo-positivisme empirique⁵². Pour expliquer le fondement du droit, la signification et le contenu de ses normes, les théories de l'interprétation et de la révision constitutionnelles et afin de ne pas rester accablé dans les interdictions positivistes classiques et ses conceptions étroites de la théorie du droit qui ne s'intéresse qu'à la validité, la recherche d'une méthodologie qui va plus loin que celle de l'orthodoxie empirique devient une nécessité.

Dans toute science, l'observation comporte une représentation du monde dans un contexte bien déterminé. Elle n'est pas une traduction brute de la réalité : la chaleur n'est pas seulement une chose que l'on peut percevoir, mais bien un concept qui permet d'interpréter des perceptions. Ainsi, une preuve en science serait une relecture du monde

⁵¹ J.-M. Trigeaud, *Persona ou la justice de double visage*, Biblioteca di filosofia oggi, 1990.

⁵² Voir sur le pluralisme des méthodes applicables au droit l'article d'Enrique P. Haba, « Science du droit – quelle « science » ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *Arch. phil. droit*, T. 36, 1991, p. 165 et s.

à travers l'interprétation théorique que l'on veut prouver⁵³. Par conséquent, une observation scientifique n'est pas une « observation neutre » ni une « observation complète », comme on nous l'a fait croire. Il ne s'agit pas d'une proposition tenue pour vraie et donc scientifique car le sujet qui observe rentre toujours en jeu. Être objectif signifie dans ce cas la nécessité de suivre des règles instituées et c'est donc un phénomène social. La prétendue objectivité absolue de la théorie positiviste formaliste est une pure fiction, car comme l'a dit Popper⁵⁴, l'objectivité des sciences de la nature et des sciences sociales ne se fonde pas sur l'état d'esprit impartial qu'on trouverait aux hommes de science, mais simplement sur le caractère public compétitif de l'entreprise scientifique. Et qui dit compétitivité dit aussi pluralité des méthodes et d'alternatives théoriques. Une démarche plurielle est une démarche qui se refuse à tomber dans la fiction et s'ouvre aux autres disciplines. Même Kelsen n'était pas toujours fidèle à l'ambition profondément empirique. Non seulement la norme fondamentale se trouve entachée d'une pure fiction mais aussi sa notion d'imputation n'est qu'un procédé évitant une tendance à l'anthropomorphisme qui était trop répandu dans la spéculation du XIX^e siècle⁵⁵. Est encore loin d'être démontré empiriquement par le critère de vérifiabilité son postulat sur la complétude de l'ordre juridique. Alors qu'il a eu le courage d'affirmer que « la théorie des lacunes du droit est véritablement une fiction »⁵⁶. Son raisonnement est fondé sur la fonction du juge qui lui permet de créer des normes par le biais de son pouvoir du contrôle. Une seule objection : c'est que le juge devient un législateur constituant ou ordinaire, ce qui pose le problème de sa légitimité et à ce moment on commence à récuser son rôle créateur⁵⁷. Ce qui est curieux de la part de l'école néopositiviste est d'accepter la thèse de Kelsen sur le positivisme comme outil de la démocratie et en même temps adopter son contraire sur la fonction de juger qui risque d'être antidémocratique. Mais adopter la thèse et son contraire se manifeste également lorsque Kelsen estime que « les normes de la Constitution matérielle ne présentent le caractère de droit que relativement aux normes constitutionnelles pourvues de sanction auxquelles elles servent de fondement »⁵⁸. Ainsi, la même Constitution est considérée à la fois de droit et de non droit ! C'est le coût d'une fidélité à sa méthode et le prix à payer pour rester conséquent avec son idéal de la pureté. Nulle part, on ne nous explique

⁵³ G. Fourez, *La construction des sciences, op. cit.*, pp. 28-29.

⁵⁴ Voir G. Fourez, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁵ Stanley S. Paulson : « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *R.F.T.J.*, 1995, p. 73.

⁵⁶ *Théorie générale de l'État et du droit*, L.G.D.J., 1997, p. 202. On peut penser que le statut épistémologique de la dogmatique juridique peut être mis en cause aisément si l'on cherche la fiction et l'*a priori* irréfutable dans la théorie de Kelsen. Les principes de la rationalité et de la souveraineté de législateur font l'objet d'une conviction dogmatique. C'est par nature l'État est souverain et par essence le législateur est rationnel. La supposition est bien patente. Kelsen lui-même ne nie pas qu'il s'agit d'un postulat (*Théorie pure*, p. 438). Cette croyance paradigmatique découle d'un présupposé non empirique. Ce qui représente un obstacle épistémologique qui entrave la construction d'une véritable science du droit (voir dans ce sens F. Ost, *op. cit.*, p. 249).

⁵⁷ Voir l'article de D.G. Lavroff, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », *P.U.G.*, 1995, p. 352 et s. *Mélanges G. Peiser*, 1996 ; également Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'Homme ? » *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Actes de Colloque, Rennes*, 20-21 sept. 1996.

⁵⁸ *Théorie de l'État et du droit, op. cit.*, p. 197.

comment le savoir juridique peut-il créer lui-même ses instruments et ses conditions en puisant à la source de ses propres fonds. Mais la nécessité d'adopter une méthode plus ouverte ne s'arrête pas aux raisons développées au-dessus : face à l'acte constituant, l'acte créateur de la Constitution et l'acte de souveraineté par excellence⁵⁹, la doctrine positiviste considère que cette phase d'étude ne relève pas de la science du droit alors que la réalité est tout à fait le contraire. Cet acte selon cette doctrine (et tout le processus pré-constituant) ne fait pas partie de la science juridique *stricto sensu*. Ainsi le monde du chercheur en matière de droit constitutionnel devient un monde amnésique, il ne se souvient ni du passé, ni de l'origine. Il ne nous reste que d'affirmer que le sens du droit est fermé dans le positivisme, d'où la nécessité d'une méthodologie plurielle de la science constitutionnelle. Évidemment, la controverse est inévitable. Elle porte sur la question de savoir si telle ou telle théorie et telle ou telle notion sont vraiment intelligibles scientifiquement ? Tout comme le Cercle de Vienne disqualifia autrefois de nombreuses théories adversaires, Kelsen disqualifia aussi les anciennes théories de l'État qui sont pour lui « pseudo-scientifique ». Seulement, il faut s'interroger sur « qui décide ce qui est scientifique et ce qui ne l'est pas »⁶⁰. « Cette question conserve sa pertinence dans le monde du droit (car) on touche ici à la difficulté fondamentale qui est de vouloir bâtir la science du droit sur le modèle des sciences de la nature ». Ainsi, l'épistémologie d'une école peut considérer sa démarche comme la seule méthode scientifique acceptable alors que tout le reste est « pseudo-scientifique »⁶¹, ce qui transforme le débat scientifique en un débat de méthodologie et d'épistémologie de science. D'où l'intérêt pour le chercheur juriste de s'ouvrir aux différentes méthodologies des sciences sociales et humaines.

À cet égard, le scientifique qui veut élargir au maximum le champ de ses investigations méthodologiques doit comparer le critère empiriste aux autres critères reconnus dans les sciences herméneutiques⁶². Il s'ouvre à une méthodologie pluraliste qui tient compte de ce qui était déjà rejeté par les méthodes classiques. En utilisant de nouvelles techniques de raisonnements, de nouveaux critères de scientificité, il pourrait répondre aux questions qui ne trouvent aucune réponse chez l'école néopositiviste. D'ailleurs, il existe des énoncés qui ne peuvent pas être démontrés sans l'aide d'autres alternatives théoriques et philosophiques. Il suffit de donner l'exemple de l'article 1 de la Constitution allemande de 1949 qui dispose : « la dignité de l'être humain est intangible... le peuple allemand reconnaît à l'être humain de droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine... ».

⁵⁹ Voir l'article de Willey Zimmer, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes préconstituants », *R.D.P.*, 1995, pp. 401-411. Voir spécialement les cinq principes contenus dans cette loi qui s'imposèrent à l'acte constituant final et qui limitèrent la portée du pouvoir constituant. Toute limitation a été niée rigoureusement par la doctrine positiviste voir sur cette question notre thèse : *De l'obligation de la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux. A la recherche d'un fondement de l'obligation*, Bordeaux, 1994.

⁶⁰ Olivier Beaud, « Bulletin bibliographique », *R.D.P.*, 1996, n° 5, pp. 1526-1527.

⁶¹ C'est l'attitude classique de l'école néo-positiviste en droit.

⁶² On peut même croire que le problème se pose sérieusement lorsqu'il s'agit de définir par exemple ce que la Cour européenne des droits de l'Homme appelle : « publication d'objet obscènes » ou de définir « les œuvres de nature à blesser la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale ». Arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, Série A, n° 133. À vrai dire, il s'agit d'un travail d'interprétation proprement dit.

La première chose qu'il faut admettre dans le processus de la recherche juridique est que l'appartenance de certains termes au monde de « valeurs » nous empêche de recourir aux méthodes empiriques. En revanche, ce monde de valeurs peut être intelligible. Les valeurs appartiennent au monde intelligible et non pas du sensible mais on peut l'appréhender par la pensée. Il en va de même pour une notion affectée d'incertitude telle que la dignité humaine⁶³. Inévitablement, la vie dans une société implique que le droit contient des notions juridiques dont la texture est de la pensée et du sens⁶⁴. Or, on ne peut les appréhender que par le biais du concept. C'est ainsi que l'élaboration du droit s'effectue à partir de l'abstrait, du général et de l'indéterminé. Processus inévitable et intellectuellement indispensable pour assurer la généralité de la prescription normative. Cependant, tout comme l'avait écrit J. Jèze, « pour mieux comprendre le droit, il ne faut pas cesser d'essayer de comprendre la société et ses valeurs »⁶⁵.

Dans cette optique, on peut comprendre l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995⁶⁶ qui s'est appuyé sur le principe de la dignité de la personne humaine pour autoriser les maires à interdire les spectacles dits de lancer de nains. L'humiliation à laquelle les conclusions du Commissaire du Gouvernement font allusion, ne peut pas être définie avec précision notamment si l'on prend en compte le consentement de la personne concernée. Et malgré l'indétermination exacte de la signification d'une notion telle que la dignité de la personne humaine, le droit positif ne peut que s'y référer. Tout argument empirique tombe devant la force de l'intuition et le reflet moral d'une notion dite incertaine.

Tout le problème est donc : comment vivre avec une science juridique qui ne connaît aucune certitude ?

Le chercheur-juriste doit se rendre compte que quoi qu'il fasse, l'interprétation des notions abstraites et morales contenues dans certaines normes juridiques ne peut aboutir à aucune précision s'il enferme ces notions dans la cage empirique. L'empirisme ne peut atteindre que le sensible alors que la jurisprudence administrative comporte des règles et des concepts dont le contenu est relativement indéterminé, soit parce qu'il s'agit d'une notion standard abstraite, soit parce qu'il s'agit d'une notion morale⁶⁷. Il n'est pas du tout aisé d'établir comme règle générale et bien précise la signification exacte et définitive, une fois pour toutes, d'un concept tel que la bonne foi, la dignité humaine, le raisonnable, les bonnes mœurs, la loyauté envers la Constitution, les moyens convenables de l'existence, etc. Si l'on adopte le critère empirique pour déterminer la signification de ces notions, elles seraient vides de sens. C'est au juge qu'il revient la tâche de donner une signification déterminant la bonne foi ou de la dignité humaine, etc. À cet égard, la théorie réaliste de l'interprétation⁶⁸ qui découle du positivisme empirique est, encore

⁶³ Bertrand Mathieu : « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Rec. Dalloz-Sirey*, 1996, Chronique, pp. 282-286.

⁶⁴ P. Amselek, « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 11.

⁶⁵ *Les principes généraux du droit administratif*, 1958, T. 1, p. V.

⁶⁶ C.E. ass., 27 oct. 1995, *Cne de Morsang-sur-Orge et ville d'Aix-en-Provence*, R.F.D.A. 1995, p. 878, concl. P. Frydman ; D. 1996, Juris., p. 177, note G. Lebreton

⁶⁷ Voir sur ces notions, la thèse de Stéphane Rials, *op. cit.*

⁶⁸ M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in *Interprétation et Droit*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1995, p. 235.

une fois, inadaptée à la science du droit en tant que science d'interprétation (science herméneutique), on le voit bien dans l'attitude du juge de Strasbourg. Dire que l'acte de juger est un acte de volonté exclusivement et le juge crée des normes à partir du néant, c'est un propos aussi excessif que celui qui réduit le rôle du juge à la simple exécution de la loi où la simple traduction de la volonté du législateur⁶⁹ car le juge se réfère au code social et aux valeurs communes. Tout d'abord, il faut vérifier les conditions sémantiques du langage. Ici on ne peut pas parler de la vérité d'une proposition (vraie ou fausse), comme le prétend l'école empiriste du droit mais simplement (et plus modestement d'ailleurs), on peut parler d'un certain « degré d'adéquation » avec le contenu sémantique d'une règle qui exige la bonne foi ou la force majeure comme condition d'établir un effet juridique. Donc, l'interprétation donnée par le juge n'est qu'un modèle à partir duquel on peut cerner une partie du sens d'un énoncé étudié. Ensuite, on pose une interprétation comme hypothèse qui doit être mise à l'épreuve par confrontation avec le texte étudié, le code social et la signification juridictionnelle. Cette démarche est analogue à celle qui est suggérée par le principe de falsifiabilité puisqu'elle est basée sur les essais et les erreurs. Elle est aussi soumise à la réfutation mais elle a l'avantage de faire apparaître des virtualités de sens non immédiatement apparentes. C'est ainsi d'ailleurs que l'on regarde le texte non seulement comme écriture mais aussi et surtout comme lecture. Ainsi, le contenu d'une notion dite incertaine ou dogmatique ne peut pas trouver une appréhension par les méthodes empiriques. Son contenu en tout cas ne peut être ni vrai ni faux. C'est pourquoi on essaie simplement dans la perspective herméneutique de donner une interprétation à l'objet étudié : soit en s'appuyant sur les modes de fonctionnement du système, soit sur ce que couvre une norme en particulier des valeurs et des concepts. Dans tous les cas, c'est par voie rationnelle et logique que l'on cherche un sens d'un énoncé. Ainsi, on arrive à un certain degré d'adéquation entre l'énoncé et la signification donnée. C'est surtout par référence aux valeurs sociales admises et comprises par le juge qu'une discipline d'interprétation telle que le droit renvoie au contexte social dans lequel la norme est appliquée. La liberté de conscience reconnue en France a une signification donnée par le juge, notamment en matière religieuse, totalement différente de celle qui est donnée par la Cour de cassation égyptienne⁷⁰. La détermination de la signification ou du contenu de cette liberté est une activité intellectuelle ou mentale (une activité de « l'esprit ») qui porte sur un énoncé du langage (une décision juridictionnelle, un article de la Constitution, etc.) qui renvoie aux faits sociaux. Et dans ce cas, « l'interprétation est soumise à des contraintes sociales. Elle subit d'abord une contrainte axiologique. Les interprètes ne sauraient aller à l'encontre des représentations et des valeurs sociales dominantes »⁷¹. « Celui qui construit le sens du texte n'a pas la liberté d'agir à sa fantaisie »⁷², écrivait Pierre-

⁶⁹ Voir G. Timsit, *Gouverner ou juger, Blasons de la légalité*, PUF « Voies du droit », 1995.

⁷⁰ La cour légalise le divorce pour apostasie entre un professeur universitaire et sa femme contre leur gré (*Le Monde*, 7 août 1996, p. 1). Le professeur adopte une attitude intellectuelle qui va à l'encontre de la religion de la majorité dans la société.

⁷¹ Jacques Chevallier, « Les interprètes du droit », in *Interprétation et Droit*, Bruyant, Presse de l'Université d'Aix Marseille, 1995, p. 125.

⁷² Voir son article : « Fonction législative et fonction interprétatives : conception théorique de leur rapport », in *Interprétation et Droit*, op. cit., p. 197.

André Côté. Les contraintes vont orienter donc son action qui se fonde en effet sur deux éléments : d'abord la connaissance du droit et la signification linguistique du texte, ensuite la convention d'une communauté donnée qui possède une certaine culture et croit à un certain nombre de valeurs. La jurisprudence féconde de la Cour européenne des droits de l'Homme l'affirme et le prouve lorsqu'elle fait référence à la notion de « société moderne jouissant de conditions politiques, sociales et culturelles hautement développées »⁷³.

La même logique poppérienne peut s'appliquer au critère de la scientificité d'une interprétation donnée à une norme. La signification donnée peut être soumise au principe de falsifiabilité. Elle peut être contredite en tant qu'hypothèse réfutable. Il ne s'agit certainement pas de dire que ce sens est vrai ou faux mais simplement d'examiner la résistance de ce sens à plusieurs hypothèses contraires. L'existence de plusieurs degrés de juridiction l'affirme d'ailleurs.

Le juge donc ne choisit pas parmi plusieurs sens, une seule signification établie à son gré, mais celle-ci est établie, en principe, après l'examen de plusieurs hypothèses contradictoires d'interprétation. C'est notamment lorsqu'il s'agit des notions standards ou des concepts abstraits difficilement soumises à l'examen cognitif que le juge essaie de rendre ces notions plus intelligibles.

À la différence de la thèse réaliste de l'interprétation qui considère ces contraintes axiologiques et sociales dépourvues de toute valeur juridique⁷⁴, nous les considérons comme des contraintes juridiques qui découlent d'une part du sens sémantique, résultant d'un texte juridique et d'autre part, de ce qu'on appelle les directives d'interprétation qui dirigent toute activité interprétative⁷⁵. Simplement, il faudrait renoncer aux postulats de la théorie positiviste dominante pour s'en rendre compte. La détermination de la signification d'une norme ne peut être effectuée sans référence aux éléments extra-textuels : les valeurs politiques, culturelles et sociales qui constituent le contexte de la lecture de la norme et en surdéterminent la signification⁷⁶ mais pour adopter cette thèse, il faudrait d'abord admettre que la scientificité d'une théorie ne soit pas une simple transparence des lois empiriques ni la parfaite adéquation aux faits. La scientificité porte plutôt en elle un univers de concepts, d'idées et de paradigmes. Elle s'inscrit dans la culture, l'histoire et la société, d'où l'intérêt de poser sérieusement la question de l'inscription sociale de la science juridique. Il n'est pas de science juridique pure libérée de toute idéologie. Il n'existe pas une méthodologie scientifique qui ose prévaloir de son monopole de parvenir aux vérités de propositions aussi objectives que la vérité mathématique. Toute science est enracinée dans une société donnée ayant des caractéristiques onto-axiologiques. Par conséquent, l'objectivité d'une méthode quelconque n'est pas une observation neutre ni complète du réel. Elle est une objectivité relative à une culture

⁷³ *Affaire Tyrer c. Royaume-Uni, Châtiment judiciaire corporel dans l'île-de-Man*. Arrêt du 25 avril 1978, série A, n° 26, in *Jurisprudence de la C.E.D.H.* c. V. Berger, Sirey, 1996, p. 41 ; V. aussi sa jurisprudence *Sunday Times* sur « La tolérance et l'esprit d'ouverture comme condition de la démocratie » (26/4/79)..

⁷⁴ M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in *Interprétation et Droit*, op. cit., p. 239 et s.

⁷⁵ F. Ost et M. Van de Kerchove, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétations en droit », in *Interprétation et droit*, op. cit., pp. 135-153.

⁷⁶ C. Timsit, *Archipel de la norme*, op. cit., p. 122.

socialement instituée et elle dépend en fin de compte de l'activité du sujet, de celui qui observe. Ainsi, être objectif signifie essentiellement de ne pas tomber dans le piège de l'élimination des faits qui ne rentrent pas dans notre modèle théorique fermé. Éliminer l'étranger à ce modèle malgré son rapport avec l'objet étudié ne sert qu'à sauver le modèle inadapté. Un bon modèle théorique est celui qui permet une progression de la connaissance de l'objet étudié et de la nature observée. Si ce que l'on observe manque de cohérence en lui-même, il serait curieux de lui calquer un modèle théorique cohérent qui ne tient compte ni de l'étranger, ni de ce qui est hétérogène en lui !

L'exigence d'objectivité scientifique si elle avait existé chez les théoriciens du droit, aurait rendu inévitable la reconnaissance que tout énoncé scientifique reste à jamais donné à titre d'essai. Par conséquent, aucune théorie aurait pu prétendre qu'elle ne s'occupe des propositions absolument vraies démontrées empiriquement. « Avec cette idole de la certitude, dit Popper, tombe l'une des défenses de l'obscurantisme lequel met un obstacle sur la voie du progrès scientifique... La conception erronée de la science se révèle dans la soif d'exactitude... Ce qui fait l'homme de science, ce n'est pas la possession de connaissance, d'irréfutables vérités, mais la quête obstinée et audacieusement critique de la vérité... La science ne poursuit jamais l'objectif illusoire de rendre ses réponses définitives... »⁷⁷. Pourtant, depuis soixante-dix ans et de nos jours, lorsqu'on pose une question qui relève de la théorie du droit, de la définition d'une norme par exemple ou de sa validité, on trouve une réponse dominante et plusieurs autres minoritaires, alors que seule la dominante se targue de donner la bonne réponse définitive et scientifiquement correcte. C'est l'illusion dont nous parle K. Popper⁷⁸.

En droit public, le débat sur la scientificité d'une théorie du droit a été suscité par une controverse interminable sur le pouvoir constituant ; sur la justice constitutionnelle et sur la théorie de l'interprétation. Ce sont des questions qui se posent sans cesse et il est permis de suggérer des réponses et d'analyses différentes.

Dix ans avant le vif débat doctrinal sur la loi du 10 juillet 1940, G. Burdeau publia sa thèse sur « la théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français » où il affirma que le sujet traité est de parfaite inactualité⁷⁹. De même que la question de la révision constitutionnelle avant les années quarante était posée sans que l'auteur puisse se rendre compte de son actualité, de même la question de la scientificité d'une théorie juridique aussi limitée et dangereuse que la dogmatique juridique doit être posée aujourd'hui. Cela nous éviterait peut-être un jour de dire timidement que telle théorie ou telle solution « était politiquement critiquable mais juridiquement correcte »⁸⁰.

Une théorie du droit doit réussir à s'ouvrir aux opérations de compréhension des normes. S'agit-il d'une théorie herméneutique ? Le mot herméneutique, écrit Paul

⁷⁷ *La logique de la découverte...*, *op. cit.*, pp. 286-287.

⁷⁸ L'appel du doyen G. Vedel à K. Popper dans son article sur la définition du droit : « indéfinissable mais présent » (*R.F.T.J.* 1990, p. 71) traduit une certaine reconnaissance du critère poppérien (la falsifiabilité) : « si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit ».

⁷⁹ Voir sa thèse, Paris, 1930, p. IX-X.

⁸⁰ Souligné par Claude Klein sur la modification de la procédure de révision de la Constitution par la loi du 10 juillet 1940. Voir son ouvrage : « *Théorie et pratique du pouvoir constituant, les voies du droit* », PUF, 1996, p. 75.

Ricœur, ne signifie pas autre chose que « l'exercice méthodique de l'interprétation »⁸¹. Cette opération précède la recherche de la validité car il faut d'abord qu'une norme inférieure soit conforme à une norme supérieure pour qu'elle soit valide. Or, cette conformité ne peut être jugée sans travail d'interprétation entre les deux normes juridiques, ce qui conditionne complètement la validité de la norme et livre la théorie de la validité à l'interprétation.

C'est pourquoi la validité se mesure par rapport à une conformité entre deux contenus. D'où la nécessité d'adopter une autre méthodologie plus pertinente pour la science constitutionnelle, qui tient compte de l'interprétation extra-linguistique de la norme.

Une méthodologie pertinente d'une science est celle qui contribue à guider les spécialistes dans leur activité de recherche à suivre le progrès de la connaissance. Elle suggère des moyens ou des critères qui aident à connaître « l'objet » et « la nature » dont la science se préoccupe.

Or, pas de science possible sans nature à observer, sans objet à connaître. La nature à observer pour la science constitutionnelle est celle qui relève des idées constitutionnelles, des valeurs proclamées par le pouvoir originaire dans l'acte constituant. C'est tout le milieu social constitutionnel régi par des normes constitutionnelles.

Quant à l'objet à connaître, c'est la norme constitutionnelle elle-même. Or, la connaissance de cette norme ne se borne pas à constater son existence mais elle s'étend à déterminer sa signification et sa portée par référence à cette nature, à ce milieu où se trouve la norme, des croyances, des valeurs, des idées, des philosophies qui constituent des faits sociaux observables et vérifiables.

En faisant abstraction de ce qui relève de la conscience collective de la société, la théorie pure du droit tombe dans un matérialisme vulgaire qui ne fait que créer une sorte de métaphysique non de l'esprit mais de la matière.

Or, connaître l'objet du droit constitutionnel par exemple nécessite l'adoption d'une méthode selon laquelle on peut prendre connaissance de la vérité de cet objet. Une méthode pertinente est celle qui se trouve capable d'expliquer le système non seulement normatif (description extérieure de l'objet), mais aussi axiologique et politique qui fonde la norme (description intérieure de la nature à observer). Par conséquent, la méthode en droit constitutionnel, pour qu'elle soit scientifique, doit donc observer le « milieu normatif » : les institutions, les idées constitutionnelles et les valeurs fondamentales sur lesquelles se base le système constitutionnel. Elle doit être plurielle et ouverte aux composantes de l'activité juridique. Les composantes ontologiques et axiologiques peuvent faire partie d'une nouvelle méthodologie en droit constitutionnel et relèvent de la nature à observer.

C'est donc le mariage entre l'objet et la nature qui fait la richesse d'une étude constitutionnelle qui ne se contente pas d'analyser les normes (l'objet privilégié pour Kelsen) mais qui s'étend à l'observation de l'objet dans son milieu pratique et constitutionnel. Cela implique d'analyser cette norme non seulement dans sa sphère normative mais aussi dans son milieu d'application, c'est-à-dire de rechercher la signification qu'on lui attribue dans la pratique constitutionnelle. Une telle signification pourrait être détermi-

⁸¹ « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in *Théorie du droit et science*, op. cit., p. 15.

née par le juge aussi bien que par les organes d'application (parlement, gouvernement, président de la République, etc.).

Dans la mesure où le juge constitutionnel n'a pas l'occasion d'intervenir afin de donner une signification à cette norme, celle-ci se détermine par référence aux organes d'application ; par référence aux faits, au *Sein*.

Quoi qu'il en soit, la détermination de la signification ne peut pas négliger « *le milieu* » ou « la nature » que l'on observe. Cela dit, il faut prendre en considération les valeurs dont la norme est porteuse. Et lorsque le juge intervient, il rend obligatoire par l'autorité de choses jugées, cette signification et par là même, la valeur sous-jacente peut avoir une reconnaissance juridique.

La volonté du juge est déterminée par cette logique qui préserve la valeur intrinsèque que la norme tend à réaliser. Ainsi, la méthodologie que nous adoptons, considère ces valeurs comme des faits sociaux vérifiables constituant la finalité de la norme dans un certain nombre de cas et exprimant « le pluralisme des niveaux de réalité »⁸².

C'est ainsi que l'étude des valeurs peut représenter un intérêt pour le juriste qui cherche d'interpréter la norme constitutionnelle.

À vrai dire, la méthode en droit constitutionnel doit tenir compte de l'étude fondamentale de ce droit, de la signification de ses normes et de l'analyse que l'on peut avoir du système normatif.

Elle vise une construction logique et des schémas conceptuels. Elle forme une démarche déductive et ainsi elle part du général pour s'appliquer au particulier.

À l'opposé, les méthodes empiristes affirment que l'origine de la connaissance se trouve dans l'expérience. Le concret se trouve ainsi appréhendé par le sensible. C'est le contraire de la conception platonicienne⁸³. Et c'est la méthode la plus inadaptée au droit public. Car comme nous l'avons bien constaté, il existe des notions insusceptibles d'un examen empirique et pour lesquelles il n'existe aucun moyen qui permettrait de vérifier de manière objective nos connaissances juridiques prétendument empiriques.

Ni l'observation, ni la sensation ne peuvent concrétiser la signification d'une norme reconnaissante de la liberté de conscience par exemple. En revanche, cette liberté peut être conceptualisée, concrétisée par l'interprétation juridictionnelle qui la rend ainsi. Elle fixe ses implications par une voie rationnelle et logique. Le juge déclare ses limites et sa portée et affirme ses modalités d'exercice. Mais les interprétations du juge ne constituent que des éléments de propositions juridiques concernant tant les normes que les faits juridiques et sociaux.

Si le droit peut compter parmi les disciplines empiriques, il n'a qu'à se conformer de façon systématique aux critères empiriques reconnus dans les sciences naturelles (observations, hypothèse, expérience, résultat). Or, cette conformité est loin d'être réalisable car certaines notions juridiques ne répondent pas à ce type de critères.

L'épistémologie de droit est axée sur la validité de cette science juridique qui se fonde sur des réalités qu'on l'observe, décrit et analyse. La méthode empirique dans la science constitutionnelle ne peut pas saisir l'essentiel de la réalité juridique, à savoir la définition des libertés, ses limites, la conciliation entre plusieurs droits fondamentaux qui ris-

⁸² V. Villa, *op. cit.*, p. 43.

⁸³ Madeleine Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 1993, p. 18.

quent de se heurter. Il en est de même pour la norme constitutionnelle ; sa légitimité, la valeur dont elle est porteuse et son interprétation dans la pratique. Elle ne cherche ni les causes de son autorité, ni les causes de sa désuétude. Le caractère scientifique de la science constitutionnelle se trouve ainsi affecté et la théorie de la connaissance (l'épistémologie) ne révèle plus toute la réalité de l'objet observé, ni la nature qui l'entoure.

Le propre de la méthode est d'aider à comprendre non seulement les résultats de la recherche scientifique mais aussi le processus de la recherche lui-même ⁸⁴. Or, ce processus selon la démarche néo-positiviste classique, nous paraît complètement inachevé. La méthode empirique au sens positiviste du terme est inadaptée à la théorie de la Constitution car elle ne tient pas compte de l'ontologie de la règle constitutionnelle. Le positivisme ne se prononce ni sur le bien-fondé des principes constitutionnels ni sur les causes qui les justifient. La démarche ontologique, au contraire, vise les principes ou les causes qui sont, à première vue cachés au regard.

Ces principes ne sont que « les valeurs » qui représentent le contenu éthique de la règle constitutionnelle et qui justifient leur autorité dans la conscience collective des citoyens. Finalement, si l'on admet la réduction de la science juridique à ce qui est empirique, on admet par là même une identité entre empiricité et scientificité, alors que la science constitutionnelle ne peut pas être rigoureusement parlant une science empirique. Car elle ne peut pas fonder la vérité empirique de ses hypothèses sur des observations simplement factuelles ⁸⁵ ou tangibles. La reconnaissance des droits de l'homme fondés sur la dignité de la nature humaine en est le témoin.

Notre démarche propose une quête vers la recherche des valeurs : leur incidence sur la création, l'interprétation et la révision de la norme constitutionnelle relative à la liberté. C'est le fondement axiologique d'un droit constitutionnel de la liberté qui peut faire l'objet de la recherche, puisque la valeur de la liberté a une vocation de devenir une norme juridique. Ainsi la science juridique ne se limiterait plus aux activités descriptives ou contemplatives orientées seulement vers le « réel » et les « faits ». Mais elle pourrait s'étendre aux activités constructives, créatives et conceptuelles qui visent à faire ressortir les qualités, les imperfections ou les antinomies d'un système juridique à un moment donné. Ceci ne va pas sans étude qui touche aux principes fondamentaux sur lesquels se base ce système entièrement : principes aux lesquels il y a des attachements sociaux car ils représentent les valeurs sous-jacentes à l'édifice juridique.

Ainsi, l'idéal de pureté de l'ordre normatif chez Kelsen devient douteux ⁸⁶ car tout énoncé, même empirique, suppose un savoir préalable et logiquement transcendant l'expérience. Par conséquent, la prétention d'avoir une réponse à tout est le trait caractéristique de la pseudo-science empirique ⁸⁷. La véritable connaissance scientifique n'est

⁸⁴ M. Grawitz, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁵ Voir V. Villa, *La science du droit, op. cit.*, p. 80.

⁸⁶ Les phénomènes juridiques selon Jean Carbonnier, englobent pour le juriste ceux qui sont primaires et ceux qui sont secondaires. Les premiers sont générateurs des seconds puisqu'il existe des pratiques extrajudiciaires, coutumes, conventions collectives, etc. Voir « *Sociologie juridique* », PUF, 1ère éd., 1994.

⁸⁷ Nous abordons dans les sciences sociales un nouveau mode de connaissance, celui de l'imprécis, et du flou qui nous empêche de vivre dans un paradis de certitude de l'empirisme juridique à la kelsenienne.

pas celle qui se borne à constater des réalités triviales mais celle qui accorde au « réel » quelque chose de nouveau qui modifie nos croyances puisqu'elle vise la croissance de connaissance et la progression du savoir. Or, la science juridique est un savoir théorique qui étudie les normes et ce qui les fonde également. Par conséquent, identifier la norme par une investigation sur les actes émanant de l'autorité n'est pas le seul objet de la recherche qui doit s'étendre au fondement axiologique de la norme ainsi qu'à son contenu. Ainsi, la science normative ne serait pas une science composée des normes comme l'avait dit Kelsen mais une science ayant des *normes comme objet* et *composée des propositions théoriques portant sur les normes comme l'estimait Husserl*. Elle étudie les normes *et* les propositions théoriques concernant ces normes. Ces propositions portent sur les valeurs sous-jacentes à la norme ainsi que sur leur fondement. Il ne s'agit donc plus de description vraie ou fausse comme le disaient les dogmaticiens mais il s'agirait de bien-fondé ou de justification d'une norme⁸⁸. C'est « la quête inachevée » sans fin et sans cesse. C'est le progrès infini et la progression du savoir sans limites artificielles posées par les bornes d'une autre discipline ; c'est le jeu de la science proprement dit.

CONCLUSION

Les théories néo-positivistes issues de la pensée du Cercle de Vienne ne peuvent prétendre au monopole de la scientificité. Les théories de L. Duguit et de Dworkin ne sont pas des théories pseudo-scientifiques du droit. Une telle croyance constitue non seulement une erreur mais surtout un achèvement du sens du mot « science ». C'est dans cet esprit que l'on peut comprendre cette affirmation du professeur G. Timsit : « il n'existe au Ciel ni sur Terre de notion préformée du droit qui s'imposerait à tous et dont il suffirait de constater l'existence. Il y a des manifestations du droit que nous côtoyons ou subissons dans notre vie quotidienne qui sont diverses et contingentes »⁸⁹. À l'instar du professeur Timsit, on peut conclure qu'il n'existe ni au Ciel ni sur Terre une théorie juridique scientifique bien conçue qui s'imposerait à tous pour son objectivité et dont il suffirait tout simplement de constater l'existence. Toute théorie est construite et donc elle est inachevée parce qu'« il ne peut y avoir d'œuvre achevée que dans l'art »⁹⁰. On ne saurait que partager la critique du professeur Timsit : le positivisme amalgame trois conceptions du droit : une conception théologique, une conception syllogistique et une conception dichotomique⁹¹.

La première prétend que le droit est édicté toujours d'en haut (produit de l'État).

La seconde emprunte ses méthodes aux sciences empiriques et ainsi elle se borne à la description systématique de l'ordre normatif à partir d'un principe unique qui le fonde et qui n'est que la force contraignante.

⁸⁸ Voir sur la justification de justice formelle Neil MacCormick, *op. cit.*, p. 85 et s.

⁸⁹ *Archipel de la norme, op. cit.*, p. 3.

⁹⁰ J. Monod, *op. cit.*, p. 5.

⁹¹ Ces conceptions ont été considérées comme des conceptions naïves du droit par G. Timsit ; voir « *Archipel de la norme, voies du droit* », PUF, 1997, pp. 4-5.

La troisième prêche une séparation rigoureuse entre la morale et le droit. La morale n'accède pas au rang de normes juridiques sans la sanction qui intervient pour punir la violation.

À notre avis, il n'y a rien de plus étrange à la science juridique que ces conceptions naïvement formalistes du droit. Cette naïveté tient au fait que les fondateurs de cette doctrine ont cru que l'objet du système avait une existence autonome, alors que le système normatif comme tout autre système n'est qu'une unité interdépendante du contexte dans lequel ses normes sont insérées⁹².

Ces trois conceptions sont les idées fondatrices de la pensée kelsénienne qui a séduit une grande partie de la doctrine juridique en France et à l'étranger. La théorie du droit est imprégnée du catéchisme kelsénien⁹³.

On relève ses empreintes... on voit son ombre.

La théorie du droit aujourd'hui sent le soufre.

Créer une science pure, soit disant neutre, à partir d'une théorie pure, est la caractéristique d'une fausse science qui nous appelle à l'illusion.

C'est ainsi que la science du droit serait la seule qui ne s'engage ni pour défendre l'homme ni pour le protéger. C'est ainsi donc que l'Institut Pasteur engagé contre la rage était antiscientifique ! Puisqu'il ne pouvait pas prétendre à la *neutralité* ! Il ne pouvait pas revendiquer que sa théorie de science appliquée était une théorie « *froide* » sans engagement de finalité, sans attitude délibérément axiologique ! Seule la science juridique donc est neutre ! Seul le positivisme étatiste est l'unique méthode correcte ! Ses résultats sont les seuls résultats objectivement acceptables ! Et évidemment enfin, les positivistes formalistes sont les seuls scientifiquement objectifs !

Leur rêve d'une théorie pure et froide subsiste ! Mais leur illusion aussi !

Enfin, je sais que cette conclusion n'est pas dans l'air du temps. En tout cas, elle n'est pas destinée à emporter l'adhésion mais à inciter à la réflexion commune. C'est ainsi, et seulement ainsi, que cette conclusion peut avoir une quelconque utilité, malgré l'air du temps ou bien à cause de lui.

5 avenue du Lazareth n° 82
17000 La Rochelle
email : ghobrial@infonie.fr

⁹² G. Timsit, *op. cit.*, p. 5.

⁹³ Les croyances fondatrices ou les présupposés de la dogmatique juridique engendrent une foule de métaphores qui ne relèvent pas de l'empirisme : l'État traduit la personnification de l'ordre juridique, le droit lui-même découle de « sources » et forme une pyramide. On peut dire autant à propos d'autres dogmes kelséniens, tel que la rationalité du législateur. Voir sur ce point, F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 240.