

L'idée de technique, sésame de l'expérience juridique

*« L'être le plus intelligent est celui qui est capable de bien
utiliser le plus grand nombre d'outils »*

(Aristote, Les parties des animaux)

Je veux, tout d'abord, exprimer mes vifs remerciements pour l'invitation qui m'a été faite de venir participer à ce Colloque, et aussi avouer ma fierté d'avoir été invité par un brillant Collègue -Alexandre Desrameaux pour ne pas le nommer- qui a été autrefois mon étudiant à Paris II dans le DEA de Philosophie du Droit. Ronald Dworkin a évoqué l'image d'une chaîne dans l'écriture du droit, mais tout aussi importante me paraît, dans l'expérience juridique, la chaîne des enseignants du droit, en quelque sorte la courroie de transmission du droit.

Je veux ajouter mes chaleureuses félicitations aux organisateurs de ce Colloque pour le choix de cette thématique : « Penser la technique juridique ». La technique est, certes, traditionnellement associée à la notion même de droit, comme il ressort de la célèbre formule de Celse

reprise par Ulpien dans le Digeste ; « *jus est ars boni et aequi* », le droit est l'art du bon et de l'équitable. 'Art' ici ne renvoie pas à l'idée d'artiste mais d'artisan et d'activité, non pas artistique, mais technicienne, utilitaire.

En pratique, cependant, les aspects techniques du droit ou mieux l'essence technique du droit sont restés jusqu'à présent très peu explorés et creusés ; pour l'essentiel, il s'agit de terres encore vierges. Cette situation est due tout à la fois au faible approfondissement de l'ontologie du droit, mais aussi de l'idée même de technique. En droit, comme en morale, l'attention des penseurs et théoriciens est restée surtout centrée sur les politiques normatives, c'est-à-dire sur le contenu des règles à suivre, davantage que sur leur être ou essence de règles : même à l'étage le plus éminemment théorique de la philosophie du droit, les règles juridiques sont très généralement réduites à de simples propositions qui articuleraient une prétendue 'teneur normative', comme si le normatif -la nature de règle- résidait au niveau de la teneur et du sens de ces propositions.

Et par ailleurs, lorsque l'on parle de 'technique' dans le champ juridique, c'est tantôt pour évoquer, comme y invite la formule de Celse, les mécanismes plus ou moins complexes et subtils aménagés par le contenu des règles juridiques, cette technicité du droit constituant d'ailleurs habituellement une image de marque peu flatteuse et, pour tout dire, franchement rébarbative. Tantôt on se réfère à l'idée de technique dans une tout autre visée, pour caractériser le droit comme *une technique* de direction ou régulation des conduites en société, une technique de contrainte sociale, ou bien de contrôle social, pour reprendre une expression mise en vogue au siècle dernier par l'Ecole sociologique du droit américaine. Encore faudrait-il, toutefois, ne pas s'en tenir à un impressionnisme de surface et décrire de façon précise, et non purement allusive et intuitive, comment les

règles juridiques sont amenées à jouer ce rôle, comment elles opèrent en pratique, comment elles fonctionnent. De fait, il est impropre de dire que le droit est une technique : les règles juridiques, qui constituent le droit, sont des objets et non des activités, des procédés ou manières de faire en vue d'obtenir un certain résultat. On veut exprimer en réalité, d'une manière elliptique, par raccourci, que le droit est, non pas une technique, mais plus exactement -je renvoie ici au Grand Robert de la Langue Française- un 'objet technique', c'est-à-dire un objet au service d'une technique, plus précisément un objet utilitaire, un outil, qui permet par son mode opératoire même, par son mode de fonctionnement, de parvenir à un résultat déterminé et qui s'inscrit ainsi à l'intérieur d'un savoir-faire ou processus mis en œuvre pour parvenir à ce résultat. Pour prendre un exemple très simple, une imprimerie, une machine à imprimer, est un objet technique, un outil qui, au travers des services qu'elle rend, s'insère dans la procédure ou technique de fabrication des livres : elle n'est pas elle-même, à proprement parler, une technique.

A mes yeux, la découverte la plus importante et la plus heuristique qu'il m'ait été donné de réaliser au cours de ma carrière de théoricien du droit, c'est lorsque je me suis clairement rendu compte que les règles juridiques (et, plus généralement, éthiques) étaient des objets techniques, des outils, des outils mentaux au service d'une certaine technique, et non pas simplement, de manière superficielle et totalement déchosifiée, du logos, des propositions d'un certain type. Cette élucidation amène à jeter un regard nouveau sur notre expérience juridique et morale en révélant qu'elle porte ainsi la marque de *l'homo faber*, de son ingéniosité et de l'immense chapelet des outillages en tous genres créés et utilisés par lui, qui constituent son univers. L'approfondissement de cette donnée a été depuis la grande tâche à laquelle je me suis obstinément consacré. Entendue

dans ce sens, l'idée de technique m'a bien paru, en effet, un sésame de l'expérience juridique, permettant -comme dans le conte d'Ali Baba- d'y accéder en pleine lumière, de lever tous les obstacles, toutes les barrières à notre regard, à notre entendement. C'est ce que je vais essayer de vous faire apercevoir en vous démontrant que l'idée de technique est à la fois, sur un plan ontologique, la clef d'accès à l'être du droit, mais aussi, sur un plan épistémologique, la clef d'accès à la théorie du droit.

I

L'idée de technique, clef d'accès à l'être du droit

Les règles ou normes de conduite qui constituent le droit ne sont pas, comme on dit couramment, une technique de direction des conduites humaines : ce sont des objets techniques, des outils employés, à l'instar de toutes les règles de conduite, de toutes les règles éthiques, dans le cadre d'une technique de direction des conduites, d'une manière de procéder pour diriger la conduite humaine; plus précisément, les règles *juridiques* œuvrent au service d'une technique spécifique de direction des conduites, qui les distingue de toutes les autres règles éthiques. Je vais développer successivement ces deux points.

1 / On a, pour ainsi dire, naturellement tendance à réduire le droit, les règles juridiques, à ce que ces règles offrent de plus visible d'elles-mêmes, aux données les plus immédiates de notre conscience : dans les conceptions les plus courantes, le droit, les règles juridiques, c'est

ce qui est énoncé par les articles des lois, ce sont les dispositions que l'on trouve dans les codes juridiques ; par exemple, les dispositions des articles 1134 ou 1382 du Code civil seraient des règles. En réalité, ces dispositions ne sont pas des règles, mais la teneur ou contenu de règles, le logos ou séquence de pensée discursive dont elles sont faites. Pour accéder aux règles proprement dites, il faut aller au-delà de ce qui se donne à voir, plonger au-delà du visible : il faut opérer une véritable révolution, rompre avec nos habitudes paresseuses, nos vues superficielles -ou plutôt nos œillères- et considérer, même si ce n'est pas usuel, les normes de conduite comme des objets techniques, comme des outils, des outils mentaux façonnés avec de la pensée, ayant pour texture des segments de pensée et qui opèrent dans notre esprit, dans le monde des choses intelligibles et non des choses sensibles, mais qui n'en sont pas moins des outils véritables, à part entière, présentant les mêmes caractéristiques fondamentales que les outils matériels que nous utilisons dans le monde physique.

Il faut reconnaître que le chemin n'est pas facile pour parvenir à cette élucidation, ce qui explique qu'on ait, d'une manière générale, si peu progressé dans cette voie. Les règles de conduite se trouvent, en effet, affectées -si je puis ainsi m'exprimer- d'une double dimension d'invisibilité, ou, pour le dire autrement, leur être propre se trouve masqué à notre conscience par un double voile. D'une part, en tant qu'objets mentaux, on doit les rechercher au-delà des paroles proférées ou écrites : elles ne résident ni au plan des signes perceptibles, oraux ou scripturaux, par lesquels elles nous sont communiquées, ni même au plan des mots, du texte linguistique, encodés dans ces signes. C'est le sens du texte, la séquence de pensée qu'il vise à évoquer dans notre esprit, qui constitue le matériau des règles, le ce-dont-elles-sont-faites, leur teneur ou corpus. Mais, d'autre part, il faut aller encore au-delà de ce corpus pour appréhender leur

nature d'*outils*, d'outils mentaux. Ce par quoi un objet se donne comme un outil ne tient pas à sa substance ou consistance, mais à la fonction utilitaire qui lui a été impartie par une intention humaine sous-jacente, extérieure et transcendante à son corpus. Cette observation vaut pour tous les outils, y compris ceux du monde physique : un outil, ce n'est pas simplement un objet là en face de moi, réductible à la somme des apparences qu'il me renvoie de lui-même ; c'est un objet qui *sert à*, affecté à *servir à*, auquel une intention humaine fondatrice a historiquement assigné la fonction de rendre certains services spécifiques et l'a ainsi institué en outil. On n'a conscience de se trouver en présence d'un outil, d'un outil d'un certain type, que lorsque l'on a pu reconstituer dans son esprit, par-delà sa substance, cette intention invisible et la finalité instrumentale dont elle a discrètement chargé l'objet qui se donne à nous. En d'autres termes, c'est par sa face cachée que l'outil se révèle à nous en tant que tel.

En l'occurrence, à quoi servent les règles de conduite, quelle est leur fonction utilitaire ? Elles jouent comme des instruments de référence : elles sont chargées de donner, aux usagers auxquels elles sont destinées, non pas des modèles d'action à accomplir, ainsi qu'on le dit trop souvent, mais la mesure du *possible de leurs actions*. Les règles en général correspondent à une technique de métrage du possible, de la possibilité d'avoir lieu. Les règles de conduite étalonnet, plus précisément, les possibilités d'agissement de leurs destinataires ; elles fixent les marges de possibilité à l'intérieur desquelles leurs conduites, leurs faits et gestes, doivent se tenir pour être de bonnes conduites, pour avoir une valeur positive. Ces marges sont bien connues des juristes, même s'ils ignorent complètement, la plupart du temps, qu'elles représentent les trois grands degrés de l'échelle bipolaire du possible : soit que tel agissement soit interdit, ce

qui représente le degré 0 de possibilité, qui est en même temps le degré 1 -100%- d'impossibilité ; soit que cet agissement soit obligatoire, ce qui représente le degré 1 -100%- de possibilité, qui est en même temps le degré 0 d'impossibilité ; soit enfin que cet agissement soit permis, c'est-à-dire qu'il puisse être accompli ou non accompli. Ce degré intermédiaire correspond à la marge de possibilité interstitielle entre la nécessité et l'impossibilité : l'acte peut être accompli, sans qu'il y ait obligation ; il peut aussi ne pas être accompli, sans qu'il y ait impossibilité.

A ce point de mon propos, quelques observations complémentaires méritent d'être faites. On constate, d'abord, que, contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, il y a de la mathématique à l'œuvre dans le principe même des règles juridiques et plus généralement éthiques ; ce n'est pas du tout, comme on le croit depuis Galilée, un privilège exclusif des lois scientifiques, -je vais revenir un peu plus loin sur ces dernières et sur leur parenté avec les règles éthiques. Il est à relever, par ailleurs, qu'en tant qu'elles ont la nature d'outils-étalons, de mesures (dans l'expérience juridique, notamment, on parle indistinctement d'adopter des règles ou de « prendre des mesures »), les règles de conduite ressortissent, avec tous les autres instruments de mesure utilisés par l'homme, au domaine de la théorie métrologique ou théorie de la mesure, laquelle est malheureusement ignorée par les théoriciens du droit et de l'éthique dont l'attention est quasi-exclusivement retenue par les aspects socio-politiques ou moraux de leur champ d'étude, au détriment des aspects proprement techniques. La théorie métrologique pourrait pourtant apporter de précieux éclaircissements sur la notion même de valeur et sur les jugements de valeur, sur les opérations d'évaluation ; au travers de ses analyses essentiellement centrées sur nos expériences physiques d'évaluation et par là dénuées d'enjeux et d'arrière-pensées idéologiques, elle fait

apparaître de manière évidente et indiscutable que la valeur est toujours le rapport de la chose évaluée à un terme de référence ou étalon, montrant ainsi l'inanité de toutes les tentatives de nier, en droit et en morale, ce relativisme congénital des valeurs.

La théorie métrologique laisse aussi entrevoir une importante distinction entre deux grandes variétés d'instruments-étalons auxquels on a recours en pratique. Appartiennent à la première les étalons donnant de par eux-mêmes, concrètement, la mesure des choses qui leur seront rapportées et qui devront donc être identiques à eux pour avoir valeur positive, pour être en rapport de conformité avec eux. A côté de ces étalons concrets, sont utilisés des étalons que je propose d'appeler formels : ils n'incarnent pas eux-mêmes le comment-doit-être la chose à évaluer ; ils portent, inscrite en eux, l'empreinte de cette modalité à la manière de moules dont les choses à évaluer devront épouser exactement les contours pour être comme on attend qu'elles soient et se voir attribuer une valeur positive. Ici le rapport de conformité à l'étalon n'est plus un rapport d'identité, mais d'adéquation, de convenance ou accord. C'est dans cette seconde variété qu'entrent les étalons matériels que la théorie métrologique dénomme « mesures ou étalons de capacité », comme par exemple les pintes, gallons ou barils utilisés dans le commerce, c'est-à-dire des mesures en creux, des formes, des récipients dont la contenance ou capacité sert de référence : ils doivent être exactement remplis, sans manque ni surplus, pour que les liquides ou les grains qu'on y verse soient à la bonne mesure, à la bonne quantité recherchée. Les outils mentaux que sont les règles de conduite relèvent précisément de la même catégorie et fonctionnent fondamentalement de la même façon : les conduites qu'on y rapporte doivent entrer dans les marges du possible fixées par elles pour être de bonnes conduites, pour être conformes aux attentes qu'elles impliquent et avoir valeur positive ;

elles ne doivent pas s'en écarter, ni en-deçà par manquement, ni au-delà par excès. Le principe opératoire est exactement identique ; simplement le remplissage ici n'est pas effectué matériellement, mais intellectuellement, sur un plan logique, dans le monde des choses intelligibles et des opérations mentales.

L'on comprend mieux, à cette occasion, l'espèce de clairvoyance fulgurante de l'esprit qui a inspiré la métaphore de la règle pour désigner, non plus seulement, comme originairement dans la langue latine, un outil matériel (*regula*) servant à tracer des lignes droites, mais ces outils mentaux apparemment d'un genre complètement différent que sont les règles de conduite. C'est que les règles matérielles sont aussi, justement, des étalons de capacité : leur application sur une surface dessine un creux tout au long de leur bordure en contact avec cette surface, une marge ou espace filiforme : c'est dans cet espace que doivent entrer les lignes à tracer ou déjà tracées pour avoir valeur de droiture, de rectilinéarité. De la même façon, les lignes de conduite à suivre par le destinataire d'une règle éthique, les lignes qu'il veut suivre ou celles qu'il a suivies, doivent entrer dans les marges de possibilité indiquées par cette règle pour avoir valeur de rectitude, de correction.

Je veux surtout souligner comment les règles de conduite s'inscrivent dans le cadre d'une technique de direction de la conduite humaine. Les hommes disposent, en effet, d'une faculté d'autodétermination de leurs faits et gestes : chacun est le propre conducteur du véhicule de sa personne, qu'il pilote de l'intérieur, par le truchement de ses circuits internes ; autrui ne peut se mettre à sa place, être en prise directe sur sa conduite (mis à part le cas marginal des états hypnotiques). D'où la technique appropriée mise en œuvre consistant à lui 'donner' des règles à observer dans sa conduite de lui-même, à lui 'mettre en mains' des règles encadrant les déterminations

de sa volonté. Les termes *commander* ou *recommander* connotent cette idée de dation : ils dérivent de l'ancienne locution latine *manum dare* ; on retrouve la même connotation dans l'expression 'donner des ordres, des directives ou instructions'. Cette technique de direction des conduites s'est probablement dégagée, à l'origine, d'une manière spontanée davantage que réfléchie, avant d'être peu à peu contrôlée et affinée. Elle s'est sans doute d'abord manifestée, dans le cadre de relations orales de face à face, par l'émission de règles individuelles et particulières avant qu'apparaisse, dans un registre plus abstrait, l'usage de règles générales. Cette technique peut du reste, comme on le sait, être utilisée aussi bien de manière autonome qu'hétéronome : on peut se fixer à soi-même des mesures de ses possibilités d'agir. Et on peut aussi, par ailleurs, diriger la conduite humaine selon d'autres techniques ne faisant pas appel à des règles comme l'exemplarité, en montrant concrètement à autrui ce qu'il doit faire ou ne pas faire, ou encore en lui communiquant par la parole, pour servir de références ou boussoles à son agir, ce qu'on dénomme des « modèles axiologiques », c'est-à-dire des stéréotypes d'actions cataloguées comme bonnes (par exemple : *porter secours à son prochain, dire la vérité*) ou, au contraire, comme mauvaises (par exemple : *nuire à son prochain, ne pas respecter sa parole donnée*).

Il est à observer, avant d'en terminer, que les règles de conduite ne sont en vérité qu'une espèce de règles : les lois scientifiques, même s'il n'est pas d'usage de les considérer comme telles, sont une autre variété fixant elles aussi les marges de possibilité d'agissements non pas des hommes, mais de la nature ; elles indiquent ce que la nature doit, ne peut pas ou peut accomplir dans telles ou telles circonstances, les phénomènes qui doivent, ne peuvent pas, peuvent ou encore -cas des lois dites 'probabilistes'- *ont tant de chances de se produire* (dans les lois probabilistes, le degré intermédiaire de l'échelle du possible

fait l'objet d'une sous-graduation comprise entre 0% et 100%, sous-graduation également bipolaire : par exemple, à 1% de possibilité ou probabilité que tel phénomène se produise correspond 99% de probabilité qu'il ne se produise pas). Tout en étant des outils du même genre que les règles éthiques, c'est-à-dire des étalons de la possibilité d'avoir lieu, les lois scientifiques ne servent pas à encadrer l'action de ceux à qui elles sont destinées, mais leur entendement ; leur utilité est de permettre de se repérer mentalement dans le déroulement du cours des choses, et en particulier d'anticiper ses développements. Elles s'inscrivent dans une technique non pas de direction de la volonté humaine, mais de guidage de l'intelligence humaine. C'est ce qui explique, d'ailleurs, que seules les règles scientifiques puissent être du type probabiliste en raison de leur fonctionnalité même, qui n'est pas d'encadrer l'agir des utilisateurs, mais de leur rendre compte au plus près des rapports entre les apparitions respectives des différents phénomènes : avoir 10% de possibilité de faire telle chose n'a aucun sens en tant que règle de conduite.

2 / Si les règles du droit sont bien des outils fonctionnant selon le même mode opératoire que les autres règles de conduite, elles se distinguent cependant de ces dernières en tant qu'elles sont mises au service d'une technique particulière de direction des conduites. Je ne m'étendrai pas sur ce second point qui touche à des choses bien connues, mais il convient de l'évoquer au moins sommairement dans l'optique de l'analyse que je développe ici et de la thématique qui nous occupe.

Les règles juridiques présentent la particularité d'être utilisées pour le gouvernement de *peuples* humains, pour diriger la conduite de ceux qui vivent ensemble et forment un peuple. Les hommes sont des êtres dotés d'une faculté d'autodéterminer leurs faits et gestes, de s'autoconduire ; mais ils sont en même temps des êtres sociaux qui

vivent et cohabitent en population. Pour concilier ces deux données antagonistes, la technique qu'on a été amené à mettre en œuvre, là encore sans doute de façon originairement spontanée, a consisté à établir à la tête du peuple (c'est un schéma de principe que l'on retrouve, avec des variantes, historiquement partout) un appareil de commandement, des pouvoirs *publics*, dotés d'une puissance *publique*, c'est-à-dire littéralement des autorités ayant le pouvoir de diriger le peuple, de le gouverner ; le terme 'public' évoque essentiellement l'idée de 'peuple', *-publicus* en latin était l'adjectif de *populus*. Les populations humaines sont organisées, en d'autres termes, sur le modèle de sociétés politiques articulant une différenciation entre gouvernants et gouvernés. La tâche des gouvernants publics est de diriger dans une perspective d'ensemble les conduites respectives des membres du peuple, de délimiter de manière coordonnée les espaces de possibilité d'agir de chacun, en bref de faire -comme disait Roscoe Pound- de l' « ingénierie sociale » : *suum cuique tribuere*, selon la sobre formule emblématique des *Institutes* de Justinien. A cette fin, ces gouvernants mettent autoritairement en service ou -comme on dit- en vigueur, c'est-à-dire qu'ils rendent obligatoirement applicables, des mesures sur lesquelles les différents intéressés sont appelés à ajuster, à faire entrer leurs agissements, - ce qu'exprime parfaitement l'expression 'se mettre *en règle*'. On aboutit, en somme, à une forme de mécanisation de la vie sociale, une mécanisation artificielle, succédané des automatismes naturels instinctifs à l'œuvre dans les autres sociétés animales. C'est dans le cadre de cette procédure que fonctionnent les règles juridiques. Alors même que leur mode opératoire ne se différencie aucunement des autres règles de conduite utilisées dans les relations entre un père et ses enfants, un chef d'entreprise et ses employés, ou encore un client de bar ou de restaurant et les serveurs, les règles juridiques s'inscrivent ainsi dans une technique particulière où elles prennent une

coloration qui leur est propre, celle d'outils de direction de peuples, d'outils de *direction publique des conduites*. C'est là que réside la réponse à la question lancinante que l'on se pose depuis Saint Augustin : qu'est-ce qui distingue le droit des commandements de bandes de brigands ?

II

L'idée de technique, clef d'accès à la théorie du droit

Si l'idée de technique est le sésame qui donne pleine ouverture sur l'être même du droit, c'est aussi une clef d'accès à la théorie du droit : j'en viens à la seconde partie de mon exposé. La faible conscience de la nature exacte des règles juridiques, de leur identité d'objets techniques, utilitaires, a laissé se développer, à propos de la théorie du droit, des conceptions bien peu satisfaisantes, extravagantes, et pour tout dire totalement surréalistes, en dépit du très large crédit qu'elles ont reçu jusqu'ici dans le milieu des juristes. Ces conceptions sont inspirées, en effet, d'un scientisme assez naïf, - ce vocable signifiant, pour reprendre l'excellente définition du Vocabulaire de la Philosophie d'André Lalande, la croyance « que l'esprit et les méthodes scientifiques doivent être étendues à tous les domaines de la vie intellectuelle et morale sans exception ». Comme si la science était la seule activité méritant qu'on s'y adonne et qu'il fallait à tout prix se prévaloir de ce label pour rendre digne et respectable la discipline que l'on exerce !

Pour rompre avec des vues fausses profondément enracinées dans les esprits, certains penseurs comme Heidegger ou Derrida se sont engagés sur la voie d'une 'déconstruction' ; d'autres ont opté pour la voie encore plus radicale d'une démolition comme Nietzsche avec sa 'philosophie du marteau', développée dans son fameux ouvrage intitulé *Crépuscule des idoles ou Comment philosopher au marteau* (1888). J'avoue que je suis très tenté par cette seconde attitude pour réagir contre les ravages du scientisme chez les juristes, contre leur prétention incongrue de se présenter comme des 'savants' et de présenter comme des 'sciences' des disciplines qui sont, en réalité, des *technologies*.

La technologie, c'est littéralement la théorie de la technique et des objets techniques, des outils. Il faut entendre, plus précisément, par là une réflexion en quelque sorte au second degré de *l'homo faber* sur lui-même, sur son expérience artisanale : c'est *l'homo faber* qui se livre à un examen systématique et critique des outils qu'il a créés et de leur mode de création. Cet examen répond aux besoins pratiques de cette expérience artisanale et vise tout à la fois à la constituer en savoir ou savoir-faire méthodique, propre à la transmission et à l'apprentissage, et à tâcher de la perfectionner, de la rendre plus rationnelle, plus performante. Il ne s'agit nullement, en l'occurrence, d'une démarche scientifique. C'est faute d'avoir une vue claire sur les aspects techniques de l'expérience juridique que les juristes assimilent couramment à de la science aussi bien leur théorie technologique du droit constitué, des règles qui ont été créées et mises en service, que leur théorie technologique de la constitution du droit. J'ai déjà dénoncé à maintes reprises cette double bévue ; je voudrais rappeler ici l'essentiel de mes arguments.

1 / La théorie technologique du droit constitué, édicté, c'est la démarche qui occupe classiquement, de longue date, une place

largement prépondérante chez les juristes, au premier plan chez les juristes universitaires : c'est elle que l'on désigne sous le nom de 'dogmatique juridique' ou encore 'doctrine juridique', termes qui traduisent bien la nature didactique, pédagogique, de cette activité intellectuelle. Les pays germaniques et anglo-saxons ont conservé son appellation latine 'jurisprudence', ce qui laisse transparaître aussi sa nature : le verbe *providere*, d'où découle *prudens*, évoque tout à la fois les idées de 'voir loin en avant', en profondeur, dans le champ juridique et de 'pourvoir' aux besoins de la pratique.

Plus précisément, la dogmatique consiste à faire une présentation ordonnée, méthodique, systématique du contenu des normes juridiques en vigueur, établissant notamment les liens qu'elles entretiennent, leurs rapports et agencements en rouages de mécanismes, s'emboîtant éventuellement eux-mêmes dans des combinaisons logiques d'ensemble plus vastes. Cette présentation est étoffée d'analyses indiquant les motivations ayant présidé à leur édicition, explorant tout ce qu'elles recouvrent et toutes les utilisations auxquelles elles peuvent se prêter, jugeant aussi leurs qualités et leurs défauts, suggérant des améliorations, le cas échéant des emprunts à des droits étrangers. Ces travaux de la dogmatique sont un accompagnement précieux de l'expérience juridique, un auxiliaire indispensable à la fois pour les usagers des outils juridiques et pour le législateur lui-même.

Depuis l'avènement du positivisme juridique dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, en écho aux idées répandues par Auguste Comte, cette discipline a été conçue et présentée résolument comme une science, une 'science du droit' à l'égal des sciences de la nature, en ayant ou devant en avoir les mêmes caractéristiques essentielles. Kelsen a été, on le sait, l'inlassable porte-parole et thuriféraire de cette conception : sa 'théorie pure du droit' est le parangon, le modèle pur,

idéal, de la dogmatique juridique telle que l'imaginent les juristes positivistes, un modèle développé rigoureusement, jusqu'au bout, dans toutes ses implications, -une sorte de miroir grossissant. Ce qui permet du même coup d'observer en pleine lumière, un peu comme à travers les caricatures, toutes les incohérences, faux-semblants et invraisemblances que recèle cette assimilation à une science.

Schématiquement, Kelsen et les positivistes croient pouvoir s'appuyer sur deux fondements ; il n'est pas besoin d'actionner avec une grande force le 'marteau' pour réduire en miettes ces pseudo-appuis.

- Le premier fondement invoqué, c'est l'identité de démarche qu'auraient le juriste en introduisant de l'ordre dans la masse des normes juridiques en vigueur et le savant en introduisant, lui aussi, de l'ordre dans les données du monde qui s'offrent à lui et qu'il étudie. C'est ce qu'avance Kelsen : « 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 donnés à la science du droit, ne deviennent un système présentant une unité exempte de contradictions, en d'autres termes, un ordre, un ordre juridique, que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit » (*Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. fr. Eisenmann, Dalloz, 1962, p.388).

Le rapprochement ainsi présenté n'est qu'un trompe-l'œil véhiculé par les équivoques du langage utilisé. Le savant, en effet, démêle le flux incessant d'évènements que la réalité déploie sous ses yeux en établissant - dit-on - des « rapports entre les phénomènes », des « rapports de cause à effet » : il faut entendre plus précisément par là

qu'il vise, sur la base de ses observations et expériences, à établir des ratios, à mesurer la possibilité qu'ont certains phénomènes de se produire lorsque tels autres sont survenus, - ce qui donne lieu à la construction de règles ou lois scientifiques, outils permettant de se repérer dans le déroulement du cours des choses, dans les enchaînements des événements. Ce travail de « mise en ordre » des données du réel n'a évidemment rien à voir, ni de près ni de loin, avec celui du juriste établissant des liens, des rapports logiques entre les différents contenus des règles juridiques aux fins didactiques de permettre de se retrouver dans cette panoplie d'outils mis en service et d'en faire une utilisation éclairée.

Il est vrai que Kant, le maître à penser justement de Kelsen, porte la lourde responsabilité d'avoir accrédité durablement l'idée fallacieuse que toute activité de présentation systématique de données, quelles qu'elles soient, dans tous les ordres de disciplines, est une activité scientifique. Il a énoncé cette idée à propos de l'architectonique de la raison pure : « J'entends par *architectonique* l'art des systèmes. Comme l'unité systématique est ce qui transforme en science la connaissance commune, c'est-à-dire ce qui d'un simple agrégat de ces connaissances fait un système, l'architectonique est donc la théorie de ce qu'il y a de scientifique dans notre connaissance en général » (*Critique de la raison pure*, trad. fr. Delamare et Marty, in Emmanuel Kant, *Œuvres philosophiques*, dir. Ferdinand Alquié, t.I, Gallimard, 1980, p.1384). C'est cette conception qui a ensuite amené le philosophe, dans sa *Doctrine du droit*, à qualifier celle-ci de « science du droit » (*iurisscientia*) en tant que « science systématique » (c'était, semble-t-il, l'une des toutes premières fois que l'on employait cette qualification promise à un si bel avenir...). On observera, au passage, un manque évident de rigueur dans la pensée de Kant puisque l'une des grandes idées développées dans sa *Critique*

était qu'une science authentique ne peut porter -sous peine de verser dans des égarements métaphysiques- que sur des choses du monde sensible et non sur de pures entités du monde intelligible, lesquelles ne se laissent pas connaître (*erkennen*) mais seulement penser (*denken*).

- Le second fondement sur lequel Kelsen et les positivistes prétendent s'appuyer, tient à un autre aspect fondamental que revêtirait à leurs yeux la mission impartie au juriste : il aurait, en effet, pour tâche essentielle, comme tous les savants, de décrire -et uniquement de décrire- son objet, les règles juridiques, d'une manière parfaitement neutre et désintéressée ; les 'propositions de droit' émises par lui dans cette démarche descriptive équivaldraient à ces autres propositions descriptives que seraient les lois formulées par les sciences de la nature et, comme elles, susceptibles d'être dites vraies ou fausses.

Le raisonnement ainsi développé apparaît doublement irrecevable. D'une part, la science ne décrit pas. Les lois qu'elle élabore ne sont ni des descriptions, ni des propositions apophantiques, susceptibles d'être taxées de vérité ou de fausseté. Il s'agit, à l'instar de toutes les règles de toutes natures, non pas de simples propositions, de simples segments de logos, mais de choses fabriquées, d'artefacts, d'outils : la vérité ou fausseté d'un parapluie ou d'une machine à laver n'a aucun sens (on peut tout au plus qualifier de vraie l'affirmation selon laquelle tel objet est un parapluie dès lors que ledit objet nous apparaît conforme au concept de parapluie). Comme tous les autres outils, les lois scientifiques sont seulement susceptibles d'être dites bonnes ou mauvaises en fonction de la qualité des services qu'elles rendent effectivement en pratique. Ce qui peut être ou non avéré, ce ne sont pas ces lois elles-mêmes, mais les prévisions établies sur leur base, induites par leur utilisation ; une prévision infirmée par l'expérience

est le signe d'une loi, non pas inexacte, mais dénuée de valeur pragmatique, qui n'a pas l'utilité qu'on attend d'elle.

Et d'autre part, concernant le travail opéré par la dogmatique sur le contenu de la réglementation juridique, la référence même, tout d'abord, à l'idée de description ne me paraît pas tout à fait heureuse. On ne peut décrire que des choses observables du monde sensible : une description, c'est la transcription d'une observation ; *de-scribere* veut dire littéralement écrire d'après un modèle qu'on a sous les yeux, le représenter verbalement. Il est possible de décrire l'acte d'édition accompli dans l'espace et dans le temps par le législateur en disant : « le législateur a prononcé ou a écrit telles paroles ». Mais on ne peut, à proprement parler, décrire la teneur de la réglementation édictée, c'est-à-dire des segments de pensée ; lesquels sont susceptibles, non pas de description, mais plus exactement de *commentaire*, terme qui évoque par son étymologie (*cum-mens*) l'idée d'avoir de la pensée à l'esprit, de penser sur de la pensée. La différence entre décrire et commenter correspond, en quelque sorte, à la différence entre peindre un paysage et peindre sur de la peinture : on rejoint sur ce point la distinction kantienne entre *erkennen* et *denken*.

On peut, certes, se livrer à des commentaires analytiques de la teneur des règles juridiques ; mais il ne s'agit en aucun cas de lois scientifiques, quand bien même leur articulation formelle leur donnerait un air de ressemblance avec elles. L'exemple sur lequel raisonne Kelsen, « lorsque tel délit est commis, telle sanction doit être appliquée », n'est pas l'équivalent de la loi scientifique « lorsque tel phénomène se produit, tel autre phénomène doit advenir » : encore une fois, la prétendue « loi juridique » énoncée par le juriste relie simplement deux éléments complémentaires de la réglementation ; elle ne donne pas la mesure de la possibilité pour un phénomène de se réaliser en fonction de la survenance de telle ou telle circonstance.

Mais, de toutes manières, la dogmatique juridique ne se cantonne nullement, en fait, à des commentaires analytiques : elle se livre couramment -et s'est toujours livrée- à des commentaires critiques, exprimant des appréciations portées sur les règles édictées, dénonçant notamment les imperfections, obscurités, lacunes, incohérences dont elles se trouvent affectées, ou encore les conséquences sociales néfastes qu'elles sont susceptibles d'engendrer, et suggérant des corrections, des perfectionnements à apporter. Contrairement à l'orthodoxie défendue par Kelsen, elle ne se prive pas de dire comment le droit devrait être. Ces commentaires critiques ne correspondent pas à un outrepassement illégitime de compétence, mais bien à l'une des missions essentielles de cette discipline technologique et aux attentes auxquelles elle a le devoir de répondre. C'est une vue totalement erronée et irréaliste de l'imaginer radicalement séparée de la pratique, alors qu'elle a au contraire fondamentalement partie liée avec elle. L'attitude de stricte neutralité du juriste prônée par Kelsen comme un modèle idéal de déontologie ne s'observe en pratique que dans les régimes totalitaires, dans les dictatures : elle y correspond, plus prosaïquement, à une situation d'asservissement volontaire ou forcé au pouvoir en place...

2 / Un second volet dans les démarches des juristes ressortit à une théorie technologique de la constitution du droit. Ici *l'homo faber* se penche sur les processus de fabrication et d'édition des règles juridiques : il s'agit, à nouveau, de se livrer à une étude systématique, didactique, et également de dépister les défauts, les insuffisances qui entachent les procédés en usage et de rechercher les voies et moyens de les améliorer, de les rendre plus rationnels et plus satisfaisants.

Cette démarche technologique a, elle aussi, été constamment placée, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle, sous le prestigieux label de la science. On lui a d'abord, pendant longtemps, collé l'image -

plutôt le rêve fou- d'un mode de création scientifique du droit, d'une « élaboration scientifique du droit », pour reprendre un sous-titre flamboyant du fameux ouvrage de François Gény intitulé *Science et technique en droit privé positif* (1914).

C'est Auguste Comte lui-même qui a mis en circulation cette image : père fondateur à la fois de l'épistémologie positiviste et de la sociologie (qu'il appelait « positivisme social »), il pensait que cette science sociale, avec ses nouveaux modes d'investigation expérimentale, allait se substituer aux procédures traditionnelles et désuètes de fabrication du droit. Elle allait permettre de dégager, beaucoup mieux qu'à travers les hommes et les institutions politiques, le droit authentique à l'œuvre derrière la réalité sociale. Cette vision messianique, qu'on a pris l'habitude d'étiqueter 'positivisme sociologique', a présidé en France et ailleurs, et encore jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, aux premiers pas tâtonnants de la sociologie et aux premiers espoirs placés en elle. Elle revenait à confondre syncrétiquement les règles juridiques avec des lois scientifiques, des lois sociologiques : l'élaboration scientifique du droit consisterait à construire, à partir de l'étude empirique des faits sociaux, des lois théoriques énonçant que dans telles circonstances tels comportements peuvent, ne peuvent pas ou doivent se produire, avoir lieu ; ces lois seraient le véritable « droit *positif* », entendu non pas au sens traditionnel de droit *posé*, mais au sens de l'épistémologie comtienne, -entendons le droit réel, le droit en action, effectivement appliqué, confirmé par l'expérience, à la différence du droit factice, approximatif, voire mensonger, édicté par le pouvoir politique.

Cette conception aberrante méconnaît la nature même des règles juridiques, qui s'inscrivent dans une technique de direction publique des conduites humaines et non pas dans une technique d'éclairage de l'entendement humain. A quoi bon, d'ailleurs, indiquer aux intéressés

ce qu'ils peuvent ou doivent faire ou ne pas faire si ces indications, établies à partir de l'observation de la réalité, sont censées par hypothèse toujours en parfaite concordance avec ce qu'ils font naturellement ? L'expérience juridique est tout simplement escamotée dans cette singulière manière de voir les choses.

Une variante de cette dérive scientiste se trouve illustrée dans la pensée du doyen Gény, et notamment dans son ouvrage que j'ai cité plus haut. Cette variante, bien qu'extravagante elle aussi, est d'une certaine façon plus cohérente que la précédente : parler d'une « élaboration scientifique du droit », en effet, n'a de sens, à proprement parler, que si on veut dire, non pas que les règles juridiques sont de la science, des lois scientifiques, mais qu'elles en découlent, qu'elles en sont le fruit, qu'elles sont façonnées par elles. Telle est justement la position qui a été soutenue par Gény : le droit ne serait qu'une 'technique', au sens particulier de *science appliquée*, une application de la science ou, comme dit Gény, « un art fondé sur la science » (*op. cit.*, I, p.71). Tel est le sens de son intitulé '*Science et technique en droit privé positif*'. L'investigation scientifique de la réalité sociale permettrait d'y observer une sorte de « donné » juridique en filigrane, comme des tendances directives virtuelles, sous-jacentes, - « la règle de droit, écrit-il, telle qu'elle ressort de la nature des choses » (p.96) ; et il s'agirait, ensuite, de transformer ce donné fondamental découvert par la science en « construit », en règles juridiques construites et formulées à partir de lui : le droit correspondrait ainsi à une science appliquée.

A la vérité, toute cette analyse apparaît assez fumeuse. Sans même évoquer la métaphysique jusnaturaliste qu'elle laisse transparaître, elle articule une fausse vision de la science, qui n'est pas une simple démarche d'observation et de recueil de données, mais plus essentiellement une démarche légiférante, une démarche de

fabrication de ces outils-étalons spécifiques que sont les lois scientifiques. Et elle repose pareillement sur une piètre conception des techniques ou sciences appliquées : l'objet des sciences appliquées, en effet, est de transformer les lois scientifiques, les lois théoriques construites par les sciences fondamentales, en règles pratiques d'un type spécial, du type 'recettes', 'procédés'. Pour éclairer cette notion de règles techniques, je cite souvent cet exemple simplifié à souhait qu'en donnait il y a près d'un siècle Edmond Goblot dans son *Traité de logique* (1921) : « Proposition scientifique : Toute eau contenant tel microbe détermine la fièvre typhoïde chez celui qui l'absorbe. Règle pratique : Si vous voulez éviter la fièvre typhoïde, ne buvez pas de l'eau contenant ce microbe ». Il est bien évident que les règles juridiques n'ont pas du tout cette nature de règles techniques, le droit ne se présente pas comme un ensemble de recettes : « pour réaliser tel résultat, voilà objectivement la marche à suivre, voilà ce qu'on doit, ce qu'on peut ou ce qu'on ne peut pas faire » ; les codes juridiques ne se déclinent pas sur le modèle des livres de cuisine !

Certes, dans la fixation de sa politique juridique et pour atteindre les résultats sociaux qu'il souhaite, le législateur peut se fonder -et il le fait couramment- sur les enseignements pratiques des sciences, qu'il s'agisse d'ailleurs des sciences sociales ou des sciences naturelles. Ainsi en cas de risque d'épidémie de typhoïde, le législateur, s'aidant de la règle technique évoquée par Goblot, sera amené à prescrire par exemple des mesures de contrôle des eaux consommées par la population, ou d'interdiction de livrer à la consommation publique des eaux contaminées ; il pourra ordonner l'acheminement vers les régions touchées et la distribution à la population de ces régions d'une eau en provenance d'autres régions ; etc. Ces différentes mesures inspirées par des règles techniques ne sont pas elles-mêmes des règles techniques, comme veut le faire croire Gény avec la terminologie qu'il

utilise : ce sont des règles qui s'inscrivent dans le cadre d'actes de commandement et de relations d'autorité, ce qui est tout à fait étranger aux règles techniques et aux sciences appliquées. Le droit peut s'appuyer sur des applications de la science, il ne devient pas pour autant une science appliquée, un savoir-faire ; un législateur éclairé n'en reste pas moins un législateur, un commandant : il n'est pas transformé en simple *éclaireur*.

Ces différentes conceptions scientistes que je viens d'évoquer, apparaissent aujourd'hui bien surannées : depuis une cinquantaine d'années, une discipline technologique sérieuse portant sur les modes de création du droit a fini par se développer et acquérir ses lettres de noblesse. On doit remarquer qu'elle n'en a pas moins continué de conserver l'étiquette de 'science', de 'science de la législation' ou 'légistique' ; mais il faut voir là l'illustration du même travers que pour la dogmatique : l'assimilation de toute démarche de systématisation et rationalisation à de la science.

Avant d'en terminer, un point mérite d'être précisé : que les activités technologiques courantes des juristes ne puissent pas être tenues pour de la science ne veut pas dire qu'une science soit impossible dans le secteur de l'expérience juridique. Mais cette science ne peut être, à proprement parler, une 'science *du droit*', une science qui serait, à l'instar de la technologie, directement en prise sur les règles juridiques. La science, en effet, a pour objet d'étude les faits empiriques ; elle vise à établir des rapports entre la survenance de tels faits et la survenance de tels autres faits. Les outils juridiques ne sont pas des faits. En revanche, les faits humains en relation avec ces outils sont, eux, passibles -au moins en principe- d'un traitement scientifique, d'un repérage de leurs possibilités d'avoir lieu en fonction de telles ou telles circonstances : toutes les activités humaines qui composent l'expérience juridique (élaboration, édicition, diffusion,

utilisation, apprentissage, etc., des normes juridiques) sont susceptibles de faire l'objet d'une science. Mais il ne s'agit pas d'une science des normes elles-mêmes, mais d'une science de l'homme, d'une anthropologie : c'est elle qu'illustrent les disciplines comme la sociologie, la psychologie ou l'ethnologie juridiques, que Kelsen tenait à juste titre comme ne relevant pas d'une science *du droit* proprement dite, sauf que celle-ci n'est pas elle-même une *science* proprement dite ! En tout cas, au vu des résultats strictement scientifiques acquis à ce jour (je parle de la construction de lois scientifiques et non des simples investigations et descriptions, même détaillées et systématiques, de la réalité sociale auxquelles recourent également, pour éclairer leurs propres réflexions, les juristes technologues), ces derniers ne devraient nourrir aucun complexe : en pratique, de toute évidence, leur discipline rend des services infiniment plus importants.

Paul AMSELEK

Professeur Emérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)