

DROIT & PHILOSOPHIE

Numéro 15 - Mars 2024

Philosophie de l'Administration

Autour de Pierre Legendre



DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)
Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Mivrigier (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

COMITÉ DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulin (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lorraine), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg), Thibault Desmoulin (Institut Catholique de Paris), Maud Michaut (Université Panthéon-Assas)

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Jérémy Papic (Université Panthéon-Sorbonne)

ASSISTANTE D'ÉDITION

Volia Crevot (Université de Rennes 2)

ADRESSE DE LA RÉDACTION :

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05
contact@droitphilosophie.com
www.droitphilosophie.com

Philosophie de l'Administration

Numéro coordonné par

Olivier Beaud et Thibault Desmoulins

Droit & Philosophie

Numéro 15 (mars 2024)

I. PHILOSOPHIE DE L'ADMINISTRATION.....	5
Olivier Beaud et Thibault Desmoulin : <i>Présentation</i>	7
1. MÉTAMORPHOSES DE L'ADMINISTRATION.....	11
Grégoire Bigot : Une histoire structuraliste de l'État ? Pierre Legendre entre anthropologie et psychanalyse	11
Thomas Boccon-Gibod : <i>L'administration entre marché et souveraineté : trois modèles républicains</i>	29
Mathilde Laporte : <i>La modernisation de la philosophie de l'administration publique aux États-Unis Entre institution managériale et institution politique</i>	45
Jacques Caillosse : <i>De quelle philosophie administrative le droit français de l'action publique est-il porteur ?</i>	69
2. MÉTAMORPHOSES DE L'ADMINISTRATION.....	95
Pierre Legendre : <i>Préface au Trésor historique de l'État en France, t. 2.....</i>	97
Bertrand de Jouvenel : <i>L'« Esprit de la Nation française révélé par ses structures ».</i> <i>L'Histoire de l'administration lue par Bertrand de Jouvenel</i>	101
Sabino Cassese : <i>Préface à la traduction italienne de L'histoire de l'Administration en France de 1750 à nos jours</i>	103
II. INÉDITS	111
Hans Kelsen : <i>La doctrine du droit naturel face au tribunal de la science*, traduction inédite de Maude Vidal</i>	113
Maude Vidal : <i>La relative valeur scientifique du discours juridique Remarques sur l'article de Hans Kelsen « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science »</i>	147

III. CHAIRE VILLEY	189
Jean-François Kervégan : <i>Les jusnaturalismes contemporains et la question des droits</i>	191
Paul W. Kahn : <i>Legality, Legitimacy, and the End of the Political</i>	203
IV. VARIA.....	219
Quentin Rouèche : <i>Un exemple de théorie américaine du droit appliquée : une opinion judiciaire de Jerome Frank, juge de la cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit</i>	221
Michel Bastit : <i>L'erreur de Hume</i>	271
João Carlos Brum Torres : <i>République et impartialité. Considérations sur Rousseau, l'idéal républicain et les limites épistémiques et normatives de la politique</i>	283
AUTEURS	303

I. Philosophie de l'Administration

Présentation

Chaque « crise » attribuée à l'État contemporain semble conduire à une nouvelle « réforme » de l'administration. Autorité, légitimité, proximité, service, compétence, simplicité, confiance, les axes de transformation de l'appareil administratif semblent s'être multipliés au détriment des outils conceptuels dont on dispose pour penser l'administration dans son ensemble. Le présent numéro de la revue *Droit & Philosophie* se propose de mettre en lumière les évolutions théoriques et philosophiques sous-jacentes de l'administration.

Ce numéro n'a, de toute évidence, pas l'ambition de fonder « une » philosophie de l'administration mais seulement présenter certains aspects et quelques évolutions de l'administration, tant passée qu'actuelle. La disparition de Pierre Legendre en 2023 rendait nécessaire de lui consacrer une forme d'hommage en attirant l'attention des lecteurs de cette revue sur son œuvre majeure de l'histoire de l'Administration, si peu classique aux yeux des historiens du droit, mais si intéressante et si actuelle pour la réflexion sur l'État français

I. MÉTAMORPHOSES DE L'ADMINISTRATION

Sans prétendre évoquer l'ensemble des métamorphoses de l'administration, la revue *Droit & Philosophie* a d'abord apprécié les aspects de ce sujet qui semblent pouvoir faire l'objet de nouvelles études, à travers plusieurs « champs » de recherche.

En premier lieu, un champ d'étude théorique s'ouvre dans le prolongement d'une crise originelle, celle de l'État prussien, qui provoqua chez Hegel la théorisation d'une administration à la fois rationalisée et idéalisée : le « pouvoir gouvernemental » a pour mission la gestion d'un intérêt général bien compris, dont la conception revient à une haute fonction publique et dont l'exécution est garantie par le principe hiérarchique et le statut spécial de la fonction publique. Ce modèle d'administration érigée en science, moteur historique des réformes du XIX^e siècle en Prusse notamment, fit cependant très tôt l'objet de lourds assauts libéraux et de nouvelles réflexions philosophiques, dont la plus notable fut d'abord réalisée par Marx qui en proposa la synthèse critique à travers la notion de « bureaucratie ». À ce titre, la réalisation technique et policière de l'intérêt général, le formalisme des procédures administratives et la complexité de l'organisation administrative retiennent bien sûr l'attention et appellent à l'avènement d'une « administration rationnelle des choses » (encore jusque chez Habermas). La contribution de Thomas Boccon-Gibod revient sur cette veine doctrinale habermasienne de façon très éclairante.

Néanmoins, cette conception de l'administration étant devenue aussi péjorative que populaire, certaines garanties de ce modèle ainsi que certaines questions théoriques sous-jacentes semblent avoir été délaissées : ainsi du principe de

responsabilité et de la défense des corporations face à l'administration, pour rejoindre les préoccupations marxistes, mais aussi de la dualité intrinsèque de l'action publique entre efficacité et symbolisme (Legendre). Cette oscillation fait d'ailleurs l'objet de la contribution de Grégoire Bigot dans ce numéro, éprouvant l'hypothèse d'une « analyse structuraliste » de l'État chez Legendre, nourrie d'anthropologie et de psychanalyse. L'appareil administratif a enfin fait l'objet de nouvelles analyses sociologiques appliquées à l'État, prolongeant les travaux de Weber et distinguant de nouvelles formes de division du travail au sein de l'État et par l'analyse de « l'action publique ». C'est à cet égard que la contribution de Mathilde Laporte au présent numéro s'avère éclairante, passant l'administration américaine à l'épreuve du temps et des réformes qui en révèlent les « bases doctrinales ».

En deuxième lieu, de nouvelles questions de légitimité se situent dans le prolongement de ces analyses classiques, en ce qu'elles interrogent à nouveau frais les liens entre administration et société civile. C'est d'abord le cas des nouvelles exigences démocratiques appliquées à l'État, traduites en termes d'éthicité et de transparence, mais aussi de représentativité des milieux sociaux ou des genres dans les voies de recrutement et les services de l'État. C'est également dans le prolongement de cette problématique de légitimité que semblent s'inscrire les réformes en cours, dirigées contre la formation et la carrière des élites administratives (suppression de l'ENA et du corps préfectoral notamment). Enfin, les rapports entre administration et société ont également été modifiés par de nouvelles conceptions du pouvoir, comme le suggère le concept de « gouvernementalité » (Foucault) incluant le consentement et la participation active des citoyens au gouvernement (au lieu du seul gouvernement, trop unilatéral, par le droit et par sa sanction). À tout le moins, les modifications contemporaines du droit administratif, en direction d'un rapport de confiance jalonné de droit souple entre administration et citoyens. Enfin, une forme contemporaine de légitimité paraît liée au principe même de son action, fondée sur sa propre compétence ou sur l'expertise sollicitée, c'est-à-dire le recours au savoir technique et à des rationalités scientifiques, voire à la seule efficacité de son action. Or, d'une part, cette évolution n'est pas sans interroger le rapport de l'administration à la vérité et à l'autorité tandis que, d'autre part, elle vient directement concurrencer la dépendance de l'administration envers le politique. Un nouvel effort de compréhension d'ensemble semble ainsi pouvoir être mené et l'étude du « droit français de l'action publique » par Jacques Caillousse, menée dans ce numéro, nous semble y contribuer en décelant, dans les évolutions contemporaines de ce droit public, une certaine philosophie de l'administration.

En troisième lieu, un dernier champ d'étude recouvre des préoccupations contemporaines classiques, inscrivant l'administration au centre des régimes politiques et des ordres juridiques. Ainsi des études consacrées à l'appareil étatique des régimes totalitaires et autoritaires du XX^e siècle (Arendt), ou de celui des Républiques décrit par les Libéraux du XIX^e siècle (Jaume). Ces analyses présentent l'avantage de permettre une étude négative, en creux, des rapports entre administration et liberté, rapports qui demeurent l'objet d'une attention et d'une réflexion sans cesse renouvelée. Par ailleurs et plus près de la classification antique des régimes, l'étude des élites administratives n'est pas sans suggérer un rapprochement, esquissé par les théories marxistes, entre haute fonction publique et, au-delà de la seule technocratie, le gouvernement aristocratique.

II. AUTOUR DE L'ADMINISTRATION ET DE PIERRE LEGENDRE

Le présent numéro de *Droit & Philosophie* s'avère, en outre, ceint d'un ensemble plus restreint de documents inédits concernant l'œuvre de Pierre Legendre (1930-2023).

L'œuvre majeure de Legendre, son *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours* (1968), vient en effet de faire l'objet d'une réédition de la part de l'éditeur Ars Dogmatica. Celui-ci vient de publier, fin 2023, un coffret de quatre volumes sur l'État contenant un petit texte autobiographique de Legendre, ses deux ouvrages sur l'Administration de 1968 et de 1969 (parus aux PUF), et un volume consacré aux films qu'il a conçus sur l'État, dont celui sur l'ENA (intitulé *Miroir d'une nation*). L'ensemble de ces quatre volumes est paru sous le titre de *Trésor historique de l'État en France*, accompagné d'un sous-titre intrigant : *Inventorier la cargaison du navire*.

La livraison de cette Revue donnera peut-être l'occasion à de jeunes lecteurs de découvrir une pensée sur l'État français d'une profonde acuité. Car il ne faut pas s'y tromper, le Manuel précité de Legendre sur l'Histoire de l'Administration est un ouvrage sur l'État, et bien davantage qu'un ouvrage historique. Les lecteurs les plus avisés et contemporains de l'œuvre l'ont bien compris. En témoigne d'abord le premier texte inédit présenté (issu des archives personnelles de Pierre Legendre) qui est la réponse de Bertrand de Jouvenel à l'envoi d'un exemplaire de l'Histoire de l'administration. Dans une superbe formule, le grand essayiste propose de redonner un titre fort audacieux à ce manuel hors normes : « L'Esprit de la Nation française révélée par ses structures », saisissant d'emblée l'ambition du projet de l'auteur.

En témoigne aussi le second texte ici proposé qui est la remarquable préface de Sabino Cassese à la traduction de cet ouvrage en italien, paru en 1978 sous le titre de *l'État et la société en France*. Le grand juriste italien ne manque pas de souligner à quel point cet ouvrage fut « singulier », révélant à l'époque un ton nouveau et une nouvelle manière de faire de l'histoire du droit en général et de l'histoire de l'Administration en particulier.

Enfin, il aurait été curieux de ne pas donner la parole à Pierre Legendre lui-même. On a choisi de retenir ici la double préface, celle initiale de 1969 et celle (très courte) de 2023 dans laquelle il retrace brièvement l'histoire de cet ouvrage méconnu à son ouvrage, *L'administration du XVIII^e siècle à nos jours* (1969). Ce livre complétait et accompagnait le Manuel de 1968 en proposant une anthologie des textes utilisés pour rédiger cette synthèse. Pierre Legendre l'a joliment rebaptisé ce second ouvrage en l'appelant « le bagage des preuves ». Le texte ici présenté révèle le style et l'homme (qui peuvent certes irriter certains, on le sait), comme le prouve si bien cette formule du genre : « Cette anthologie fixe une manière de voir. » *Il y a parfois un mélange de Lacan et de Heidegger chez ce juriste historien que l'on présente souvent comme un juriste psychanalyste, mais qui ne dédaignait ni la philosophie, ni surtout la littérature et la poésie.* Quoi qu'il en soit, on ne sait si Pierre Legendre, en publiant ce second livre en 1969, a voulu imiter Ernst Kantorowicz qui fit accompagner son livre sur Frédéric II, par un livre énumérant toutes ses « sources ». En revanche, ce que l'on peut affirmer sans hésiter, c'est que l'Introduction de cet ouvrage de 1969 est une réflexion de très haute tenue sur la manière (la bonne manière) d'étudier l'Administration française, sans aucun jargon méthodologique et qui gagnerait à être bien plus connue.

La revue *Droit & Philosophie* adresse, pour son autorisation de publier ces documents inédits, ses plus vifs remerciements à Cécile Moiroud et aux éditions Ars Dogmatica pour l'autorisation donnée à la publication de ces divers textes, ainsi qu'à Sabino Cassese, pour avoir bien voulu nous autoriser la reproduction de sa préface et pour nous avoir grandement aidé dans la traduction de son texte.

1. Métamorphoses de l'Administration

Grégoire Bigot

Une histoire structuraliste de l'État ?

Pierre Legendre entre anthropologie et psychanalyse

« La primitivité enfantine, quand elle n'est pas étouffée par une éducation pour adultes, trouve d'instinct le chemin du mystère¹. »

Le moins que l'on puisse dire est que l'œuvre de Pierre Legendre (1930-2023) n'a guère retenu l'attention des juristes des facultés de droit. Hormis l'exception notable d'ouvrages d'Alain Supiot, et qui s'en inspirent pour partie², l'indifférence a été la règle. Tout particulièrement dans le champ de cette discipline dont relevait académiquement Pierre Legendre, à savoir l'Histoire du droit³. Il ne s'est à peu près rien publié de sérieux au sujet de la production *massive* de notre auteur, hormis un ouvrage collectif peu de temps avant sa mort⁴. Cette œuvre n'attirait manifestement pas l'attention. Probablement parce qu'elle dérangeait, au sens premier et étymologique du terme (dérange celui qui « met les rangs en désordre⁵ »). Le juriste, lorsqu'il n'est pas dans le rang, vit dans les cages dorées et confortables de ses pseudo certitudes : il cultive, comme l'écrit à plusieurs reprises Legendre, la « science de l'ignorance ». Le droit est l'équivalent pour le juriste d'un jeu d'échecs : il a ses règles propres, mais il demeure un jeu, sans prises sur ce pour quoi je ne cesse d'interroger ma raison

¹ P. LEGENDRE, *L'avant dernier des jours. Fragments de quasi mémoires*, Paris, Ars Dogmatica, 2021, p. 304.

² A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005 ; *Id.*, *La gouvernance par les nombres. Cours au collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.

³ Pierre Legendre a-t-il été seulement reconnu par ses pairs ? Les historiens du droit ne le citent quasiment jamais. On en veut pour preuve l'état des lieux de l'anthropologie du droit, qui reste dans nos facultés de droit l'apanage quasi exclusif des historiens du droit. Dans le chapitre « Anthropologie du droit » de l'ouvrage *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Garnier, 2014, p. 521-532, il n'est cité qu'à une seule reprise, et à titre anecdotique. Les professeurs de droit administratif ont témoigné moins d'indifférence. Voir en premier lieu les ouvrages de J. Caillosse et, plus récemment, les écrits de F. Brunet, qui notamment dans sa thèse *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2011, accorde de larges développements aux hypothèses de l'anthropologie dogmatique.

⁴ *Introduction à l'œuvre de Pierre Legendre*, textes rassemblés et présentés par K. Becker et P. Musso, Paris, Manucius, 2023. À noter la (seule ?) thèse soutenue au sujet de l'œuvre de Pierre Legendre dans les facultés de droit : E. KARVOUNI, *L'ordre dogmatique chez Pierre Legendre : droit, psychanalyse*, thèse, dirigée par E. Desmons, Paris 13, 2014.

⁵ A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, V. « Rang », Paris, Le Robert, 2019, tome 3, p. 3082.

d'être⁶. Il n'engage, en un mot, rien d'essentiel. Il prétend à la neutralité d'une part et à évoluer en une sorte de vase clos d'autre part, sans liens avec les sciences dites humaines (philosophie, sociologie, etc.) à l'égard desquelles nos facultés de droit hérissent une sorte de herse de fer intellectuelle. Il en résulte ce que l'on appelle le positivisme, enseigné à très hautes doses dans nos facultés de droit. La loi « dit que » ou le juge « dit que » : on s'interroge assez peu sur la valeur des textes, des mots et sur la légitimité de celui qui en est à l'origine. Les positivistes jouent et jouissent de jouer (celui qui enseigne jouit de sa position en surplomb ; il est celui « qui sait » et tient son auditoire pour dupe⁷). Probablement à leur insu. Il y aurait des « normes » (de quoi ce mot est-il la signification ?) et elles s'imbriqueraient les unes dans les autres, pour la vérité du droit. On est prié d'acquiescer. On est sommé de croire ce qui n'est jamais mis à l'épreuve des choses que l'on peut révoquer en doute. Comme l'écrivait André Breton pour ouvrir son *Manifeste du surréalisme* : les bancs (de nos facultés) seront froids⁸.

Lire Legendre, c'est s'aventurer – avec le risque de toute aventure – dans tout autre chose que le positivisme, pour tenter d'appréhender ce dont le droit pourrait être le nom et/ou la fonction. Comme l'œuvre de notre auteur, qui s'étale il est vrai sur près de cinquante années, est réputée difficile d'accès (notamment pour les juristes) on souhaite tenter ici la rendre familière, au risque – hélas – de sans doute la simplifier trop.

Deux préalables s'imposent. Celui du « pourquoi ? » et celui du « comment ? » d'une recherche qui porte pour mots d'ordre l'expression « anthropologie dogmatique ». Aux origines d'un itinéraire, il y a la « question de la question » : Legendre y revient sans cesse. Le drame d'être soi conditionne toute sa démarche (I). Comment inscrit-on l'ontologie dans la science, qui plus est juridique ? Le contexte intellectuel doit être pris ici au sérieux. Notre auteur naît intellectuellement dans une époque, qui est celle du triomphe de ce que l'on appelle le structuralisme. La ou les filiations sont-elles possibles entre ce(s) structuralisme(s) et son œuvre propre ? S'en démarque-t-il pour offrir sa propre définition de ce que serait la « structure » à partir de laquelle le droit s'élabore (II) ? Ce n'est qu'à ces deux conditions préalables – celles de leur explicitation – que l'on peut envisager une hypothèse phare de ses écrits : l'État comme invariant anthropologique et psychanalytique (III).

I. LE DRAME D'ÊTRE SOI : LA RECHERCHE EN FORME DE NÉCESSITÉ

Pierre Legendre s'avoue : c'est la part humaine de toute entreprise d'écriture, à la recherche de soi (A). D'une faiblesse supposée, il tire une force immense. Le « pourquoi être ? » sera le moteur de son œuvre universitaire (B).

⁶ Le jeu est évidemment une affaire sérieuse pour la sociologie (voir les travaux classiques de Roger Caillois) et pour l'anthropologie, voir par exemple C. LÉVI-STRAUSS, *Cahier Claude Lévi-Strauss*, Paris, L'Herne, 2004, p. 27-28.

⁷ Le Professeur tient en échec ses étudiants, faute pour eux de maîtriser les règles qu'il joue.

⁸ A. BRETON, *Manifeste du surréalisme*, Paris, Éditions du Sagittaire, 1924. Breton écrit (p. 1) : « Chaque matin, des enfants partent sans inquiétude. Tout est près, les pires conditions matérielles sont excellentes. Les bois sont blancs ou noirs, on ne dormira jamais. »

A. La part humaine d'une œuvre

Pierre Legendre n'a jamais caché que son œuvre l'entraînait tout entier et qu'il n'opérait pas de distinction entre le ressenti d'une vie et sa production écrite. Il ne publie pas par académisme ou pour « faire carrière », mais suivant un besoin littéralement vital. Comme en témoigne le sous-titre même de ses dixièmes et dernières *Leçons*, publiées en 2017, il ne s'est agi pour lui que de parcourir et de reparcourir les « [c]hemins réitérés de questionnement⁹ ». Pour cette raison assez simple à comprendre qu'à l'origine s'est imposée « la question de la question », à savoir celle du « qu'est-ce que ? ». C'est l'indéfinissable du sujet. C'est un drame qui ne « s'enseigne pas » mais qui sous-tend toute une démarche qui, dès lors, n'a de cesse d'interroger la question de l'Être.

Pierre Legendre le dit sans détour à son propre sujet. Ainsi dans ses entretiens radiophoniques publiés en 2009, où il relate sa propre expérience de patient dans le cadre d'une psychanalyse suivie dans les années 1950 : « [...] le plus concret du concret, c'est le regard sur soi, à savoir la psychanalyse. Alors, évidemment ma vie est traversée par cette question, c'est-à-dire par la question existentielle. Voilà. Et ça ne peut s'enseigner. Bon... [...]. Vous êtes confronté à la question centrale : pourquoi ? Pourquoi vivre ? Le pourquoi ?, eh bien le pourquoi ?, il est le lot de l'humanité¹⁰. » Dans son ouvrage sous-titré *Fragments de quasi mémoires*, soit au crépuscule de sa vie (le titre est : *L'avant dernier des jours*), Pierre Legendre revient à cette question première. Par nécessité, il la réitère. « [J]'étais la proie d'un obscur désir de sortir, mais sans savoir d'où ni pour aller où. Je tournais dans un manège. [...] J'entreprenais à tâtons, avec les moyens du bord, *le long voyage vers les racines du malaise*. C'était ça, mon gibier¹¹. » « *Cheminer à même l'Énigme*¹² », écrit-il plus loin. Quelque chose est donc à *découvrir* du drame ressenti d'être soi. « *Les racines de l'arbre demeurent cachées*, et cette vérité devient cruelle pour l'animal humain quand il est assailli par les démons du *pourquoi vivre ?* Savoir pourquoi je vis, ce serait une chance¹³. »

Voilà la première et seule explication du recours, dans l'œuvre universitaire de Legendre, au terme d'*anthropologie* : il n'y a de « science de l'homme » qu'à la condition qu'elle l'interroge et parce qu'il s'interroge. Dans le chapitre II du tome X de ses *Leçons*, intitulé « Anthropos », que veut dire « être un animal parlant », il rappelle l'inévitable de la question : « Interrogeant le destin "*qu'est-ce que l'homme ?*", un interprète talmudiste ouvrait le chemin d'une réflexion aujourd'hui destituée : l'homme est "*qu'est-ce que ?*". Cette réponse ici tiendra lieu d'emblème, comme présence de ce qui demeure. Autant dire, pour la tradition occidentale, l'expression de l'énigme majuscule, indissociable du langage : la question de l'Être¹⁴. »

Les professeurs de droit étant assez peu enclins à interroger leur ou la raison d'être devant leurs étudiants – à supposer que cette question les traverse seulement un jour – on comprendra que l'œuvre de Legendre puisse leur paraître *déroutante*.

⁹ P. LEGENDRE, *Leçons X. Dogma : instituer l'animal humain. Chemins réitérés de questionnement*, Paris, Fayard, 2017.

¹⁰ P. LEGENDRE, *Vues éparses. Entretiens radiophoniques avec Philippe Petit*, Paris, Fayard, 2009, p. 28-29.

¹¹ P. LEGENDRE, *L'avant dernier des jours*, op. cit., p. 11.

¹² *Ibid.*, p. 39, citant le philosophe Gérard Guest.

¹³ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴ P. LEGENDRE, *Leçons X. Dogma...*, op. cit., p. 81.

L'auteur lui-même, on peut s'en douter, ne se reconnaissait que peu d'accointances avec ses collègues des facultés de droit et la façon dont ils *énoncent* un droit écrit sans jamais en retracer la généalogie ou la raison d'être parce que, probablement, ils ne s'en soucient jamais. Pour Legendre, l'université « suait l'ennui¹⁵ ». Il en a par ailleurs rapidement condamné ce qu'il appelle le « féodalisme », à savoir ces relations purement interindividuelles où l'on prête allégeance dans l'espoir d'être adoubé et suite à quoi – paradoxalement – on vit ensuite comme *casé* dans le ventre de l'État¹⁶. Le fait qu'il paye en outre sa dette dès les années 1970 – personnelle et intellectuelle – à la psychanalyse, ce « dévoilement des coulisses » a très tôt achevé de le rendre insupportable à ses « collègues », à commencer par les historiens du droit, comme il le raconte lui-même lorsqu'il a succédé à Jean Gaudemet à l'École Pratique des Hautes Études¹⁷. Lorsque l'œuvre gêne, on s'en prend à l'homme.

Pierre Legendre a d'autant plus aggravé son cas – aux yeux des juristes universitaires – qu'il a naturellement été enclin à porter toute son attention sur les arts. Nous touchons ici du doigt quelque chose d'autrement plus important que ses rapports difficiles avec le milieu universitaire. C'est en effet une caractéristique de ses livres qu'ils contiennent presque tous une iconographie riche et variée (gravures anciennes, tableaux, photographie, etc.). La raison en est – au moins – double. D'une part, Legendre a toujours insisté sur l'aspect *dogmatique* de sa démarche anthropologique : il ne peut y avoir d'anthropologie *que* dogmatique. Or, de même qu'il présente son anthropologie suivant l'étymologie même du mot, il insiste pour que le *dogmatique* soit compris en son sens premier. Pour lever toutes ambiguïtés, il s'en explique d'ailleurs dans une longue introduction de ses dernières *Leçons* de 2017, intitulée « Dogme, dogmatique, dogmaticité, ou La condition théâtrale de l'animal humain... et ses suites. *Explicitation*¹⁸ ». Le titre même de ces *Leçons*, *Dogma* est fait pour signaler au lecteur que le mot est à entendre suivant son origine grecque : théâtralisation *et* embellissement. Pour Legendre, « prend statut dogmatique tout discours qui, pour le sujet et/ou à l'échelle sociale, tend vers ou conquiert d'emblée l'évidence de l'image¹⁹ ». C'est à partir de ses *Leçons* III, publiées en 1994, que notre auteur annonce que son anthropologie, qui n'était jusqu'ici que physique (études sur la danse) puis sociale (études sur les sociétés industrielles) devient irrémédiablement dogmatique. Le titre même de ces *Leçons* fournit une explication : *Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images*. L'homme se fabriquerait selon l'image qu'on lui présente, à son insu. Comme on va le voir,

¹⁵ P. LEGENDRE, *Vues éparses...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶ P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Minuit, 1976, p. 195-199. Il suffit de citer ces pages et on comprendra pourquoi Legendre dérangeait. Pour lui « la structuration de l'allégeance universelle à la bureaucratie d'État montre son identité féodale, remarquablement préservée dans le cas de l'organisation universitaire » (p. 195). « Cette immense organisation », poursuit-il, « fonctionne dans l'ivresse et s'imagine uniformément productive, alors qu'elle tend à s'emmurer de plus en plus en elle-même » (p. 196). L'organisation universitaire « met à nu la position des sujets-enfants dans la bureaucratie d'État » (p. 197). Conclusion ? « Nous sommes casés, au sens de l'ancien droit féodal, dans la mesure exacte des avantages que nous soutirons à l'État. » (p. 199)

¹⁷ P. LEGENDRE, *L'avant dernier des jours*, *op. cit.*, p. 100-101. Deux historiens du droit « s'illustrèrent par leur vulgarité : associée à un érotisme de racoleurs, la psychanalyse allait faire son entrée pour démolir l'érudition ! ». Pour ne rien dire de son échec à se faire élire au Collège de France, expérience manifestement douloureuse à en juger le nombre de pages qu'il y consacre au soir de sa vie (*ibid.* p. 220-228).

¹⁸ P. LEGENDRE, *Leçons X. Dogma...*, *op. cit.*, p. 15-45.

¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

la logique spéculaire est érigée par Legendre en structure : tenir l'image dans le miroir permet d'exercer un pouvoir sur les hommes, jusqu'à pouvoir les aliéner²⁰. Mais précisément, si notre auteur accorde une si grande importance aux arts, c'est aussi parce que dans la création artistique, en fabriquant ses propres images et son propre texte, écrivains et peintres échappent à la manipulation de l'image dans le miroir. Ils ne sont pas dupes.

B. Le moteur d'une recherche scientifique

Le « qu'est-ce que ? » de l'homme en proie au drame d'être soi est donc le point de départ d'une démarche intellectuelle et/ou scientifique. On ne résout pas une telle interrogation, mais on peut tenter de mieux la cerner en tâchant d'ériger une grille d'analyse de la science de l'homme en général. Existe-t-il une *fabrication* de l'anthropos ? Existe-t-il une façon *d'instituer* « l'animal parlant » ? Ce résumé naïf de ce à quoi aspirent l'œuvre et/ou les recherches de Legendre se lit dans les titres mêmes de certains de ses écrits, à commencer par le texte *La fabrique de l'homme occidental*, qui fait suite au film documentaire du même nom. On y est immédiatement mis en présence du dogmatisme tel que l'entend Legendre et qui fait le lien entre ontologie et hypothèse scientifique : « La raison de vivre, l'homme l'apprend par les emblèmes, les images, les miroirs. Qui manie le Miroir tient l'homme à sa merci²¹. » Citons encore *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, où l'auteur projette cette fois ce qu'il entend par anthropologie non au sujet d'un monde géographiquement autre, mais au sujet de sa propre culture d'Européen, dont il conviendrait de comprendre les ressorts dissimulés. En quoi cette culture nous identifie-t-elle sans que nous ayons d'ordinaire conscience de la façon dont elle opère ? « Autrement dit » écrit Legendre, « je considère l'Occident, je l'étudie en termes d'identité, à partir d'un savoir qui tente de *découvrir la logique de l'identité* et d'en tirer les conséquences²² ».

Dans quel domaine cette anthropologie si particulière s'inscrit-elle ? La grande originalité de cette œuvre est qu'elle est le fait d'un juriste là où, en règle générale, l'anthropologie accorde peu de place ou d'intérêt au droit et évolue ainsi, académiquement, dans un autre champ, très loin des études sur le droit. L'itinéraire de Pierre Legendre n'est pas, ici, à négliger. Il fait son entrée à l'Université avec une thèse, soutenue en 1957, et dont le sujet est *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique. Recherche sur le mandat (1140-1254)*²³. Notre auteur, reçu immédiatement au concours d'Histoire du droit, est alors un spécialiste du droit romano-canonique. Il le restera tout au long de sa vie et de sa carrière puisqu'il accorde une place centrale, pour ses leçons relatives à l'anthropologie dogmatique, à cette science juridique forgée – voire inventée – lors de la réforme grégorienne.

²⁰ P. LEGENDRE, *Leçons III. Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images*, Paris, Fayard, 1994, et dont la quatrième de couverture est explicite : « À notre époque, comme au temps de la ferveur théologique, nos sociétés doivent affronter l'exigence universelle : fabriquer l'homme pour qu'il ressemble à l'homme, c'est-à-dire mettre en scène le Miroir absolu et fonder le lien à l'image. La logique impose sa loi. Manœuvrer la problématique spéculaire, c'est exercer le pouvoir absolu : disposer de l'arme symbolique. En ce qu'elles touchent à la passion de l'image, les instances qui composent le Miroir dans la culture – État, médias ultramodernes, sciences, juridictions psy, etc. – touchent l'aliénation constitutive du sujet, elles exercent la force pure. »

²¹ P. LEGENDRE, *La fabrique de l'homme occidental*, Paris, Mille et une nuits, 1996, p. 11.

²² P. LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Conférences au Japon*, Paris, Mille et une nuits, 2008, p. 36.

²³ Publiée en 1964 sous le titre plus générique *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, Paris, Jouve.

En témoigne le tome IX et avant-dernier de ses *Leçons*, publié en 2009 et dont le titre, à nouveau, est pour le moins évocateur : *L'autre Bible de l'Occident : le Monument romano-canonique. Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*²⁴. Deux observations s'imposent à ce sujet. D'une part, Legendre est un herméneute comme l'étaient les canonistes (ceux qu'il appelle les « mâcheurs de contradictions »). Le droit est affaire de langage et d'interprétation : comment les théologiens rapatrient-ils le vocabulaire du droit romain dans leur système de représentation, au profit, notamment, du pouvoir pontifical ? D'autre part, le droit n'est donc pas une production et/ou une sorte de conséquence de rapports sociaux qui lui préexisteraient, comme l'enseigne parfois un peu sommairement la sociologie. Au contraire : le droit fait société. Il la fonde par ses mots propres, qui lient et font tenir ensemble. L'expression de *ius civile* devrait suffire à s'en convaincre. Le droit est dit civil parce qu'il civilise. Le droit qu'on appelle aujourd'hui des obligations en témoigne tout autant : c'est en fait la société qui est tissée par la construction de rapports de droits qui visent premièrement à la *ligation* des humains entre eux, que ce soit par des actes rituels et/ou par des paroles qui exprimeraient leur consentement. Pour le dire grossièrement, il n'y a pas la société d'un côté, et le droit de l'autre, qui plus est un droit qui serait hypocrite en ce qu'il ne ferait que bâtir des relations de dominants à dominés. Droit et société sont consubstantiels : le droit *fait* société ou, du moins, elle n'advient que par le droit²⁵. Legendre est à la recherche de ce qui pourrait *structurer* au sens premier de « construction ». Se pose ici la très difficile question de son rapport avec la pensée d'une époque.

II. UNE ŒUVRE DANS UNE ÉPOQUE : POSSIBLES ET IMPOSSIBLES AFFILIATIONS AU(X) STRUCTURALISME(S)

Le mot « structure » est probablement un des mots les plus employés par Pierre Legendre pour qualifier sa démarche intellectuelle. Citons, parmi tant d'exemples possibles, ce qu'il écrit dès l'entame de ses conférences *Le Point fixe* : « Partant de la connaissance du moteur juridique, je cherche à évaluer le système tout entier, en considérant les *éléments structuraux* dont l'assemblage et le fonctionnement assument de faire vivre une civilisation dans son déploiement historique²⁶. » Nul ne peut ignorer que, lorsque notre auteur fait ses études et publie ses premiers ouvrages (des années 1950 aux années 1970), ce que l'on appelle le structuralisme bat son plein. Il ne peut pas l'avoir méconnu malgré qu'il a toujours revendiqué une démarche singulière et, pour ainsi dire, aucun maître à penser. On ne peut pas en effet prétendre enseigner une anthropologie sans ignorer ou feindre d'ignorer qu'elle est par principe structuraliste. C'est d'ailleurs sous l'influence de ses travaux que la psychanalyse lacanienne – dont l'œuvre de Legendre est inséparable tant elle en est imprégnée – a pu également être qualifiée de structuraliste.

Alors ?

Pour tenter de lever tout *mal-entendu* il convient dans un premier temps de repasser par cette sorte de ponts aux ânes de l'histoire des sciences humaines : a-t-

²⁴ Paris, Fayard.

²⁵ Voir notamment A. SCHIAVONE, *Ius, l'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011.

²⁶ P. LEGENDRE, *Le Point fixe. Nouvelles conférences*, Paris, Mille et une nuits, 2010, p. 21 (nous soulignons). Quelques lignes plus loin il parle de « l'ordre structural dont relève anthropologiquement la fonction juridique en tant que telle » (*ibid.*, p. 22).

il seulement existé *un* structuralisme (A) ? C'est ce qui permettra (ou non) dans un second temps, de différencier l'anthropologie dogmatique legendrienne, ou du moins de souligner ce qu'elle doit (ou non) à l'anthropologie en quelque sorte classique et, surtout, à la psychanalyse, en tant qu'elle est structuraliste (B).

A. *Le structuralisme existe-t-il ?*

Il convient en effet d'être plus que prudent, près d'un siècle après l'invention du mot même en sciences humaines, eu égard à l'emploi de l'expression *structuralisme*. Comme l'ont parfaitement expliqué les spécialistes du sujet, le structuralisme connaît deux temps : un avant-1968 (le temps de sa consécration) et un après-1968²⁷ (le temps de sa remise en cause). On prêterait ici crédit à ce qu'en écrit Patrice Maniglier à l'entrée « Structuralisme » du *Dictionnaire Lévi-Strauss*²⁸. Comme le rappelle cet auteur, le structuralisme peut faire l'objet de deux approches. *Stricto sensu* il ne vient que de la linguistique : ce sont notamment les travaux de Ferdinand de Saussure puis de Roman Jakobson qui en sont à l'origine comme méthode scientifique (au sens d'intellectuellement rigoureuse). La langue n'est pas seulement déterminée par une histoire comme on le croyait au XIX^e siècle. Ses « lois » peuvent être découvertes à partir de ses fonctions, d'où par exemple la distinction, essentielle pour les structuralismes à venir, entre le signifiant et le signifié. Le transfert vers l'anthropologie (*ex ethnologie*) s'opère, la chose est connue, du fait notamment que Lévi-Strauss, lors de son exil à New York, suit les cours de Roman Jakobson. En 1942-1943, il enseigne à l'Institut de sociologie de l'École libre des hautes études (créée en 1942) un cours sur les systèmes de parentés. Roman Jakobson, qui y assiste, aurait encouragé Lévi-Strauss (agrégé de philosophie et... titulaire d'une licence en droit) à en faire un ouvrage. Ce sont *Les structures élémentaires de la parenté* qui feront l'objet même de sa thèse, soutenue en 1948 à la Sorbonne et qu'il publie, dès 1949, aux prestigieuses Presses Universitaires de France. L'ouvrage ne sera sans doute pas un succès de librairie mais il marque son époque auprès de l'élite intellectuelle, comme en témoigne la recension élogieuse qu'en dresse Simone de Beauvoir en novembre 1949 dans la revue *Les Temps modernes*²⁹. Ainsi, en quelque sorte adoubé par la pensée dominante, Lévi-Strauss publie-t-il, quelques années plus tard, les ouvrages qui vont le propulser comme une forme de Pape – bien malgré lui – du structuralisme tant on va identifier, dès lors, le structuralisme à sa personne et à son œuvre. Il s'agit bien entendu de *Tristes tropiques* (1955) et *Anthropologie structurale* (1958). La mise en mouvement d'une pensée nouvelle s'opérait. Un travail était à l'œuvre. Pourquoi ? Parce que le structuralisme sortait de la seule sphère de la linguistique pour devenir le mot d'ordre des sciences dites humaines dans leur ensemble : il leur offrait le moyen de *découvrir* ce qu'elles avaient, potentiellement, en commun. On passait en quelque sorte d'une méthode scientifique à une vision du monde : il fallait mettre à jour dans le champ de toutes les sciences humaines des *constructions* dissimulées.

²⁷ Voir notamment F. DOSSE, *Histoire du structuralisme, Tome I, Le champ du signe 1945-1966*, Paris, La Découverte, 1991 ; *Id. Histoire du structuralisme, Tome II, Le chant du cygne. 1967 à nos jours*, Paris, La Découverte, 2012 ; P. MANIGLIER, *La vie énigmatique des signes. Saussure et la naissance du structuralisme*, Paris, Léo Scheer, 2006 ; G. SALMON, *Les structures de l'esprit. Lévi-Strauss et les mythes*, Paris, PUF, 2013.

²⁸ P. MANIGLIER, « Structuralisme », in J.-C. MONOD (dir.), *Dictionnaire Lévi-Strauss*, Paris, Bouquins, 2022, p. 974-987.

²⁹ L. FABRIE, « Structures élémentaires de la parenté (les) (1949) », in *ibid.*, p. 999-1000.

C'est ainsi que le structuralisme a gagné ou s'est propagé, *lato sensu*, à des domaines du savoir aussi variés que l'histoire (Fernand Braudel aurait été structuraliste), la littérature (Roland Barthes aurait été structuraliste) et la philosophie (Deleuze et Foucault³⁰). Il devient – est-ce à le regretter ? – un mot étendard, car même l'université connaît ses *modes* (au sens péjoratif d'un goût collectif passager). C'est ce qui explique en partie sa remise en cause dans l'après-1968³¹. Comme l'écrit Lévi-Strauss lui-même à Roman Jakobson en février 1968 : « Le structuralisme devient doctrine officielle ; on lui en fera vite grief...³² »

Et la psychanalyse ? Elle a évidemment à voir avec ce que l'on appelle le structuralisme dans la mesure où, avec la publication de *Totem et Tabou* (1912-1913), Sigmund Freud lui-même tente de croiser les données ethnologiques et psychanalytiques. Ethnologues et psychanalystes en discuteront les hypothèses outre-Atlantique, donnant naissance à « un courant d'anthropologie psychanalytique, limité sur le plan scientifique au monde anglo-américain³³ ». La psychanalyse, en France, ne se soucie manifestement qu'assez peu d'anthropologie, hormis peut-être Marie Bonaparte à titre personnel. Ce n'est qu'avec l'œuvre de Lévi-Strauss que le dialogue se (re)noue. Notamment parce que cet auteur « fut le premier anthropologue de langue française à lire et à commenter l'œuvre de Freud à une époque où celle-ci avait déjà été intégrée depuis plus de trente ans aux travaux de l'anthropologie anglo-américaine³⁴ ». L'admiration que Jacques Lacan portait aux travaux de Lévi-Strauss est connue, et son influence est déterminante pour sa relecture de Freud. Il va donc perpétuer le dialogue psychanalyse/anthropologie là où Lévi-Strauss lui-même avoue que la psychanalyse – y compris l'œuvre de Freud – lui inspire des doutes. Absence de réciprocité : c'est donc tout aussi bien une sorte de monologue de Lacan eu égard au structuralisme. En effet, Lévi-Strauss a connu personnellement l'expérience psychanalytique par l'intermédiaire de Georges Dumas, lors de sa présentation des malades à l'hôpital

³⁰ Qui refuseront rapidement d'être qualifiés de structuralistes.

³¹ L'émulation intellectuelle – à proprement parler exceptionnelle – liée au « moment » 1968 est évidemment patente. Il suffirait de citer les cours qui seront dispensés au « Centre expérimental de Vincennes » (on songe par exemple à Gilles Deleuze). On adresse simplement ici un clin d'œil à ce qu'en raconte Pierre Legendre, qui y a enseigné, vent debout contre cette « expérimentation ». Il n'en a vu que ce qu'il souhaitait y voir. À commencer par... les toilettes ! Ce qui, pour un spécialiste de la psychanalyse lacanienne, ne manque pas de sel (ou de selles). Legendre ne supportait évidemment pas que des enfants issus de la bourgeoisie se comportassent comme de pseudo rebelles alors qu'ils ne faisaient que reproduire le phénomène de la domination. Voir P. LEGENDRE, *Vues éparses...*, *op. cit.*, p. 46 : « J'ai enseigné à Nanterre à partir de la rentrée de 1968. J'ai vu se comporter les bons enfants bourgeois du XVI^e arrondissement, parce qu'à cette époque il y avait une sorte de compétence territoriale de cette université, qui avait donc en majorité les enfants des meilleurs quartiers. Eh bien, pardonnez-moi, à la Faculté de droit, j'ai vu ça : dans les toilettes toutes neuves, ils chiaient par terre. J'ai dit à quelques-uns : voilà un geste démocratique ! Qui va nettoyer cela ? » Plus sérieusement il semble que le « moment » 1968 et la crise de l'autorité qu'il manifeste ont exercé une influence déterminante sur les orientations intellectuelles de Legendre qui a cherché à comprendre cette crise par une recherche des fondements même de toute autorité ; voir L. BONI, « La faille et l'équerre. Legendre et la psychanalyse », in *Introduction à l'œuvre de Pierre Legendre*, *op. cit.*, p. 41.

³² P. MANIGLIER, « Structuralisme », art. cité, p. 977.

³³ Voir E. ROUDINESCO et M. PLON *Anthropologie, Dictionnaire de la psychanalyse*, Paris, Nouvelle édition, Fayard, 2023, p. 54 ; E. ROUDINESCO, *Anthropologie et psychanalyse, Dictionnaire Lévi-Strauss*, *op. cit.*, p. 56-60.

³⁴ Voir E. ROUDINESCO et M. PLON *Anthropologie, Dictionnaire de la psychanalyse*, *op. cit.*, p. 55.

Sainte-Anne. Elle l'a laissé dubitatif. Comme le souligne Élisabeth Roudinesco, il compare la psychanalyse « à la méthode de guérison chamanistique ». Le sorcier parle et « provoque l'abréaction, c'est-à-dire la libération des affects du malade³⁵ ». Quant aux écrits de Jacques Lacan, Lévi-Strauss avoue ne pas les comprendre et semble donc s'en désintéresser³⁶. De son côté, Jacques Lacan souhaite conférer à l'œuvre de Freud une armature philosophique et anthropologique. La lecture de Saussure et de *Les structures élémentaires de la parenté* aurait incité Lacan à entreprendre l'étude de l'inconscient comme étant une structure, où le signifiant dominerait³⁷.

B. Comment Pierre Legendre se *positionne-t-il* par rapport au(x) structuralisme(s) ?

Le rapport à l'anthropologie de Lévi-Strauss est facile à identifier. L'exclusion, le rejet ou l'indifférence sont les mots qui pourraient caractériser sa démarche : Legendre refuse tout dialogue. Les anthropologues le lui rendront bien³⁸. L'absence de liens est ce qui caractérise les non-rapports entre anthropologie structurale et anthropologie dogmatique. Il est très regrettable que Pierre Legendre ait obstinément refusé de situer sa démarche intellectuelle eu égard aux travaux de Lévi-Strauss, sachant que, par exemple, la parenté était un sujet qu'ils avaient en commun³⁹. On aurait aimé connaître la façon dont l'historien du droit portait un jugement critique – ou non – sur l'auteur de *Les structures élémentaires de la parenté*.

On ne peut pourtant pas dénier à Pierre Legendre qu'il ait été anthropologue, du moins au sens de la démarche. Jeune agrégé d'Histoire du droit, promis à un avenir académique suivant les règles auxquelles jouent les universitaires (il a été reçu major de promotion), il a soudain « besoin d'air⁴⁰ », tant lui semble médiocre intellectuellement l'enseignement du droit dans les facultés et tant, d'autre part, il a probablement le désir de s'éprouver au regard de l'étrangeté d'être qu'il avoue ressentir. « [M]'aventurer ailleurs ! Cet ailleurs, c'était l'Afrique⁴¹. » Pour le compte de l'Unesco notamment, il va *arpenter* l'Afrique subsaharienne. Congo,

³⁵ E. ROUDINESCO et M. PLON *Anthropologie, Dictionnaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 65.

³⁶ E. ROUDINESCO, « Lacan, Jacques (1901-1981) », in J.-C. MONOD (dir.), *Dictionnaire Lévi-Strauss, op. cit.*, p. 577.

³⁷ Voir « Signifiant », *Dictionnaire de la psychanalyse...*, *op. cit.*, p. 992-996 et E. ROUDINESCO, *Jacques Lacan. Esquisse d'une vie, histoire d'un système de pensée*, Paris, Fayard, 1993, p. 275 : « [...] sa prise en compte réelle du système saussurien, c'est-à-dire des principes de la linguistique structurale, date de la rencontre avec l'œuvre de Claude Lévi-Strauss. Pour Lacan, et pour toute une génération philosophique qui allait prendre son essor autour des années cinquante, la parution en 1949 des *Structures élémentaires de la parenté* fut un évènement majeur. »

³⁸ C'est ainsi que dans le *Dictionnaire Lévi-Strauss...*, (*op. cit.*), il n'existe pas une seule mention aux écrits de Legendre.

³⁹ Pierre Legendre ne consacre pas moins de quatre de ses *Leçons* au sujet. Voir P. LEGENDRE, *Leçons IV. L'Inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985 ; *Id. Leçons IV, suite. Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie, en collaboration avec A. Schütz, M. Smith et Y. Thomas*, Paris, Fayard, 1988 ; A. PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Leçons IV, suite 2. Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, Paris, Fayard, 1990 ; P. LEGENDRE, *Leçons VI. Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992.

⁴⁰ P. LEGENDRE, *Vues éparses...*, *op. cit.*, p. 24.

⁴¹ P. LEGENDRE, *L'avant dernier des jours, op. cit.*, p. 189.

Mali, Gabon : ce qu'il appelle ironiquement (eu égard aux anthropologues de métier) ses « séjours aux Tropiques » vont avoir pour effet de décentrer cet homme déjà si peu sûr de soi – ou du moins de son identité. « J'ai tiré tant de leçons⁴² ! » Rentré en France, il n'éprouve pas le besoin de dire *l'ailleurs* de l'Afrique. C'est sa propre culture qui lui est devenue comme étrangère. Est *étranger* en premier lieu ce qui est *étrange*. Il en résulte un premier livre qui est tout entier d'anthropologie, publié en 1968 sous le titre *Histoire de l'administration*, alors qu'il s'agit d'une approche généalogique de ce qu'est l'État en son sens étymologique (ce qui tient debout⁴³). Comme il l'écrit en 2021, « [r]entré au village parisien, j'allais alors m'atteler à revisiter cette question des formes de l'État que je croyais connaître [...]. L'expérience africaine m'avait préparé à conquérir un regard d'étranger sur l'État à la française⁴⁴ ».

Le lien de Legendre à la psychanalyse est autrement plus difficile et, pourtant, essentiel à la compréhension de toute son œuvre⁴⁵. Notre auteur s'est peu confié sur ses rapports avec cette discipline (en dehors qu'il se revendique lecteur de Freud). Souvent présenté comme étant lui-même psychanalyste, il aurait été membre de l'École freudienne de Paris, fondée par Jacques Lacan en 1964 (et dissoute en 1980). Sa relation avec ce dernier est entourée de mystère. Pierre Legendre se contente de la qualifier « d'orageuse⁴⁶ » et il ne cite que très rarement le nom de Lacan dans ses écrits. Sa production scientifique durant les années 1970 est pourtant toute entière marquée par l'importation, dans le champ du droit, de concepts issus de la psychanalyse. C'est le cas avec *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, publié en 1974 dans une collection (Champ Freudien) dirigée par Jacques Lacan aux éditions du Seuil. Ce dernier, lorsqu'il ouvre la séance du 23 avril 1974 de son séminaire *Les Non-dupes errent*, en recommande la lecture à son auditoire⁴⁷. Ce qu'en raconte Legendre dans la préface à la seconde édition, en 2005, en dit long sur les rapports à tout le moins tendus qu'il a pu entretenir avec Lacan : « [...] j'ai compris le mouvement de recul de Lacan devant le titre dont j'avais enveloppé ce laborieux ouvrage (titre maintenu pour la traduction italienne) : *Les Excommuniants*. J'avais touché à sa plaie, plus exactement à l'inconnu de sa plaie [...]. Chef d'école, c'est-à-dire en l'occurrence Maître incertain du scénario de fer d'une organisation analytique de masse, Lacan

⁴² *Ibid.*, p. 196.

⁴³ En témoigne sa réédition en 1992 (Paris, Fayard) sous le titre *Trésors historiques de l'État en France*.

⁴⁴ P. LEGENDRE, *L'avant dernier des jours*, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁵ Si on parle des rapports difficiles de Pierre Legendre à la psychanalyse c'est que s'y joue une part de lui-même qui, loin de dévaloriser ses hypothèses, les rendent particulièrement humaines. L'expérience psychanalytique (« pourquoi vivre ? ») comporte un élément biographique dont il ne fait pas mystère. Comme il l'écrit au soir de sa vie : « J'ai toujours su que j'étais l'enfant d'un deuil. Je suis venu au monde en remplacement, à la place d'une fille morte dont cette mère est demeurée inconsolable. Ainsi suis-je entré dans la vie par la porte de la mort. » (*Ibid.*, p. 43.) C'est peut-être ce à quoi faisait référence Legendre dans son article « Le malentendu » (*Pouvoirs*, n° 11, 1979) dès les premières lignes : « Après un temps d'analyse, quelqu'un pouvait conclure : le désir de l'enfant-mort, c'est moi. Mort vivant offert au désir de sa mère, un mort-vivant, voilà ce qu'il était de cet enfant du désir. » Une œuvre scientifique, si elle se nourrit de sa propre subjectivité, ne saurait s'y résumer. Legendre érige en question universelle l'effroi de l'Abîme comme l'a parfaitement démontré L. Boni, « La faille et l'équerre. Legendre et la psychanalyse », art.cité, p. 54-55.

⁴⁶ P. LEGENDRE, *L'avant dernier des jours*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ L. BONI, « La faille et l'équerre. Legendre et la psychanalyse », art.cité, p. 39.

s'était trouvé soudain confronté à lui-même par l'inattendu d'une formule qui, de par sa charge sémantique, avait la portée d'une interprétation⁴⁸. » Ce premier essai, où il est question de dévoiler la façon dont le droit romano-canonique a pu transformer la soumission en désir de soumission⁴⁹, est suivi d'un second essai dont les analyses empruntent exclusivement au registre de la psychanalyse. Le titre même en témoigne : *Jouir du pouvoir*. Legendre y approfondit son sillon : « Du côté de l'analyse, la politique de l'inconscient expose la question des enfants et des sauvages : comment le pouvoir s'y prend-il pour nous faire⁵⁰ ? » Mais cette fois il n'y sera question que de psychanalyse : « Ce livre est donc dénué d'utilité universitaire. Tout d'abord, mon travail cherche à faire progresser, par une certaine voie, la psychanalyse elle-même⁵¹. » Lorsque la revue *Pouvoirs*, en 1979, publie un numéro consacré à la psychanalyse, Legendre y livre un article en forme de synthèse au titre parfaitement lacanien : « Le malentendu ». Il y résume quasiment sa méthode et le fond du propos qui deviendra la matière de son anthropologie dogmatique. La méthode, c'est reconnaître l'inévacuable de l'inconscient et, partant, de la psychanalyse : « Il s'agit seulement d'expliquer pourquoi toutes les sciences traitant du pouvoir sont talonnées par la psychanalyse⁵². » Elle désigne en effet « l'illusion, et l'analyse consiste à tâcher d'en dire quelque chose ; elle déficelle les emballages⁵³ ». Le fond, déjà signalé dans ses ouvrages précédents, c'est que « [l]e pouvoir demeure un signifiant miraculeux, inventé et trituré par les juristes de la tradition romano-canonique⁵⁴ ». Ce signifiant *institue* : « Chaque individu doit naître une seconde fois, une fois mythique et supplémentaire, pour l'histoire, pour une institution qui n'est plus sa mère⁵⁵. » Legendre en conclut logiquement que, par le biais des apports de la psychanalyse, il convient de « réinventer l'histoire des institutions⁵⁶ ». Ce sera tout l'objet de ses propos relatifs à l'État en tant qu'il *institue*.

III. LA FORMULATION D'UNE HYPOTHÈSE : L'ÉTAT COMME INVARIANT ANTHROPOLOGIQUE ET PSYCHANALYTIQUE

Qu'est-ce au juste que *la fabrique de l'homme Occidental*, dont Legendre fait le titre d'un de ses essais destiné à porter à la connaissance d'un large public ce qu'il nomme l'anthropologie dogmatique ? Elle emprunte en premier lieu et pour ainsi dire fondamentalement à la psychanalyse lacanienne : la constitution du sujet – par principe divisé d'avec lui-même – est affaire de langage et de rapport spéculaire (A). Elle aboutit à la formulation d'un concept : le Tiers garant. Quelqu'un ou quelque chose doit résoudre la déchirure de l'humain d'avec lui-

⁴⁸ P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, nouvelle édition augmentée, Paris, Seuil, 2005, p. I-II.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 5. C'est l'objet de la « Position du thème » : « Il s'agit d'observer comment se propage la soumission, devenue désir de soumission, quand le grand œuvre du Pouvoir consiste à se faire aimer. »

⁵⁰ P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir...*, *op. cit.*, p. 9-10.

⁵¹ *Ibid.*, p. 11.

⁵² *Id.*, « Le malentendu », art. cité, p. 5.

⁵³ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 17.

même. L'État – au sens symbolique – exerce (ou a longtemps exercé) cette fonction (B).

A. Langage et Miroir

Comment s'opère ce que Pierre Legendre appelle l'interlocution du sujet et du monde ?

Le propre de « l'animal parlant » est en premier lieu d'être institué par le langage : il est un « vivant parlant ». C'est une façon de dire, pour reprendre l'expression de Lacan, qu'il est un « parlêtre⁵⁷ ». Or le langage est aussi bien ce qui divise que ce qui lie. Le lien est celui de la dette que l'on paye aux mots. Ils ne sont pas créés par celui qui les prononce : ils sont hérités d'une culture. Ils participent du phénomène de la répétition. Mais, paradoxalement, entre la signification du mot prononcé et l'univers de représentation dont on l'investit, il peut exister un écart, voire un *hiatus* au sens de coupure. Pierre Legendre envisage ainsi la normativité du langage comme essentielle, particulièrement dans cet ouvrage majeur qu'est *De la société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, publié en 2001. Dès la préface, il prévient : « Serons-nous assez décervelés pour renoncer à comprendre que *l'institutionnalité suppose la parole ? Avec tous les effets de droit, qu'emporte la dimension normative du langage*⁵⁸. » C'est logiquement sous le titre « Introduction à la structure » que notre auteur insiste sur l'interlocution, par le langage pour ainsi dire, entre l'animal parlant et le monde. Or, « le monde n'est pas donné à l'homme, si ce n'est par le langage qui le sépare des choses et le divise à lui-même⁵⁹ ». Si le langage divise, c'est parce que la matérialité des choses, c'est parce que la réalité n'est pas accessible en soi : elle ne procède que des mots de celui qui croit prononcer cette matérialité et/ou réalité. Les choses et/ou le monde ne sont pas donnés en soi : ils n'existent que par le vocable qui les désignent. Mais alors le langage – dont celui du droit – est aussi et ainsi ce qui lie, par une sorte de dialectique au sein même du langage. Il est la « médiation entre l'homme et la matérialité du monde [...]. Autrement dit, le rapport du mot et de la chose est intérieur au langage, de sorte qu'un objet extérieur n'existe que parce que sa condition d'existence matérielle se double de sa construction dans la représentation⁶⁰ ».

Comme Lacan avant lui, Pierre Legendre reconnaît évidemment l'influence que les travaux de Saussure ont exercé sur son œuvre relativement à la distinction signifié/signifiant, l'accent étant mis sur la « passion du signifiant⁶¹ ». Il paye en quelque sorte lui-même cette dette à plusieurs reprises, notamment dans ses derniers ouvrages. Ainsi dans *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident* : « J'ai suivi ici le chemin ouvert par le traité (fondamental) de Saussure, qui étudie la *structure du signe* illustrée par un exemple, le mot *arbre*. Nous avons deux termes : le signifié, c'est-à-dire le *concept* d'arbre ; et le signifiant, c'est-à-dire le vocable en tant qu'*image* véhiculée par le son de la voix. Intervient alors un *élément tiers*, la relation

⁵⁷ Voir P. LEGENDRE, *Leçons X. Dogma...*, *op. cit.*, p. 84 : « Fondamentalement, la psychanalyse s'occupe *in vivo* de cette réalité structurale, en apparence insaisissable : l'animal humain aux prises avec la question de l'Être inhérente au langage. »

⁵⁸ P. LEGENDRE, *De la société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Paris, Fayard, 2001, p. 10.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁶¹ Expression de Lacan que Legendre reprend dans son article « Le malentendu », art. cité, p. 12.

entre les deux termes, et Saussure dit : « Le signifié et le signifiant contractent un lien⁶². » Dès la normativité langagière, telle que la conçoit Legendre, se joue donc une ternarité. Il y revient longuement dans ses dernières *Leçons* aux chapitres II (où il envisage la « déchirure du langage ») et III (où il aborde la « normativité du langage »). Il en tire ses conclusions propres par rapport à la psychanalyse : le « lien » entre signifié et signifiant suppose quelque chose qui *institue* à notre insu. Ce lien est aussi bien le tiers⁶³. Comme il le résume : « Pour être deux, il faut être trois⁶⁴. » Il faut une instance tierce : elle lie en séparant, elle fait tenir, elle *institue*.

Cette ternarité du ou dans le langage, Legendre la superpose ou la fait correspondre à ses propos relatifs au Miroir – omniprésents dans son œuvre – et dont il emprunte la logique à la psychanalyse lacanienne comme l'a très bien démontré récemment Livio Boni⁶⁵. L'institution de l'animal parlant n'est d'ailleurs compréhensible qu'à la condition d'admettre qu'elle mêle (ou fait correspondre) langage *et* specularité. En même temps que l'individu serait institué dans une langue, il serait institué par l'image. L'expérience du Miroir, par sa réflexivité, donne à penser. La séparation est le premier stade : entre ce que je ressens de moi et l'image que je découvre projetée dans le Miroir, s'instaure le *hiatus*. Le Je (pulsionnel) serait-il donc cet Autre (imagé) ? Afin de ne pas sombrer dans le narcissisme (au sens du mythe de Narcisse), qui pour Legendre est dé-Raison (le délire, comme en témoigne la fin à tout le moins tragique de Narcisse), il faut donc que dans un second temps, une instance paradoxalement séparante (entre le Je et l'Autre) arraisonne ; qu'elle joue comme un dispositif anti-narcissique⁶⁶. La Raison de l'instance séparante répond au « pourquoi vivre ? » qui, si elle (l'interrogation) errait ou divaguait, aboutirait au suicide, au meurtre ou à l'inceste. C'est d'ailleurs tout l'objet des *Leçons VIII. Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*. Comme le souligne

Livio Boni, la triangulation symbolique avec soi-même caractérise l'interprétation que Legendre livre du Miroir⁶⁷. Il consacre ainsi l'essentiel des développements de ses *Leçons III. Dieu au miroir*, à étayer cette logique : « L'identité prend sens d'une triangulation, où viennent s'inscrire non seulement le sujet et son image, mais aussi le miroir, instaurateur de cette division⁶⁸. » Dans *De la société comme texte*, il réitère autrement cette idée d'une division nécessaire à l'identification de soi et de l'autre : « Avec le paradigme du Miroir fait irruption la question de l'altérité sur fond d'identité : à travers la relation à son image le sujet se construit produisant l'autre à l'intérieur de soi qui ouvre l'accès à l'autre comme soi, son semblable à l'extérieur⁶⁹. »

⁶² P. LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident...*, op. cit., p. 77. Développements similaires avec *id.*, *Argumenta dogmatica*, Paris, Mille et une nuits, 2012, p. 26-28.

⁶³ *Ibid.*, p. 81 et s.

⁶⁴ P. LEGENDRE, *Leçons IV. L'instimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, p. 57.

⁶⁵ L. BONI, « La faille et l'équerre. Legendre et la psychanalyse », art. cité, p. 46-48.

⁶⁶ C'est ce qui distingue probablement Legendre de Lacan : « Le Miroir, qui chez Lacan désigne un stade de la libido plutôt qu'une épreuve empirique (la jubilation éprouvée devant le sentiment de l'unité de soi), devient chez Legendre le dispositif matriciel d'une transfiguration donnant accès à la subjectivisation comme séparation d'avec soi-même. » *Ibid.*, p. 47.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ P. LEGENDRE, *Leçons III. Dieu au miroir...*, op. cit., p. 67.

⁶⁹ P. LEGENDRE, *De la société comme texte...* op. cit., p. 20.

C'est à partir des interprétations qu'il livre du langage et du miroir que Legendre conçoit logiquement l'institutionnel comme un Tiers garant de l'identification du sujet dans son interlocution avec le monde. Pourquoi vivre ? *Il faut bien que quelqu'un ou que quelque chose réponde.*

B. « *Vitam instituere* »

Instituer la vie : l'expression, issue d'un extrait du *Digeste*, est à maintes reprises citée par Legendre⁷⁰ et traverse pour ainsi dire toute son œuvre. Elle témoignerait du sens premier d'*instituer*. En cela, l'historien du droit qu'il est – et restera toute sa vie – ne fait pas une histoire des institutions plate parce que (faussement) descriptive comme c'est hélas le cas depuis que l'histoire du droit s'enferme à n'être qu'une « histoire des institutions », sans jamais interroger de quoi le mot est le nom. Pierre Legendre cherche à établir la généalogie de l'institution et, partant, de ce qu'instituer signifie. L'institutionnalité relève bien d'une approche anthropologique au sens littéral que l'auteur confère à ce mot. Comme l'écrit Pierre Musso : « Si l'institution est une question vitale pour le sujet c'est parce qu'elle traite du *pourquoi* et du *comment* vivre ou mourir⁷¹ ? »

Les investigations de Pierre Legendre au sujet de l'État n'ont de sens qu'à ce prix. L'État est une institution ou une façon d'instituer au sens symbolique comme en témoignent deux de ses aspects qui s'imbriquent : il serait notre parent et établirait, à ce titre, les filiations.

Soucieux d'accorder toute son importance à la performativité du langage hérité, parce qu'il s'adresse à l'inconscient et relèverait du signifiant, Legendre n'entend cette chose qu'on appelle l'État qu'en rapport à l'étymologie du mot *status*. « Je traite de l'État, en interprète de cette construction inventée par les Occidentaux, enfermée dans un terme à la fois romain et scolastique : *Status*. Je reprends les choses à la base [...]. État, certes ; mais État de quoi ? Voilà qu'a disparu [...] la compréhension du génitif implicite. L'État est ce terme qui toujours résonne étrangement : littéralement (*status*, participe passé du verbe latin *stare*), ce qui a été mis en position de tenir debout. L'État fait donc tenir quelque chose, mais quoi⁷² ? »

L'État, en ce qu'il serait une sorte de « notre Père » : voilà une intuition qu'on trouve à l'origine même de l'œuvre de Pierre Legendre. Comme on a déjà tenté de le dire, il en formule l'hypothèse très nettement, dès 1968, avec son *Histoire de l'administration*⁷³, rééditée seulement⁷⁴ en 1992 (puis en 2023⁷⁵). Cette histoire baigne dans un air du temps structuraliste. Elle est résolument non historienne

⁷⁰ Voir les dernières *Leçons* en 2017 (P. LEGENDRE, *Leçons X. Dogma...*, *op. cit.*, p. 33).

⁷¹ P. MUSSO, « Le concept d'institution, clef de voûte de l'Anthropologie dogmatique de Pierre Legendre », in *Introduction à l'œuvre de Pierre Legendre*, *op. cit.*, p. 113.

⁷² P. LEGENDRE, *Leçons VI. Les enfants du texte...*, *op. cit.*, p. 13.

⁷³ G. BIGOT, « Une généalogie de l'État ? Notes brèves sur le *Trésor historique de l'État en France au miroir de l'anthropologie dogmatique* », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la culture juridique*, 2017, n° 37, p. 599-620.

⁷⁴ Malgré un succès d'estime – nombre d'universitaires citent encore cet ouvrage parce qu'il était pionnier – il n'a pas exactement rencontré un succès éditorial. Ce qui en dit long sur la misère intellectuelle des facultés de droit en France. N'oublions pas les succès éditoriaux des *Histoire des institutions* d'auteurs dont la bouche est aujourd'hui pleine de poussière.

⁷⁵ Aux éditions *Ars Dogmatica* au sein d'une publication en quatre tomes prévue pour novembre 2023. Le tome premier reprend le *Trésor historique de l'État en France* avec un sous-titre inédit : « inventories la cargaison du navire ».

puisqu'elle cherche le commencement, ce qui est une des façons de cerner ce qu'instituer signifie : « L'histoire institutionnelle, quand elle a l'intention d'expliquer, devient génétique [...]. L'administration française [...] peut se définir de la même manière⁷⁶. » D'où une première partie du manuel (car en 1968 il s'agissait bien d'un livre pour les étudiants) qui porte un titre biblique : « Genèse ». Ce qui, littéralement et au plan théologique, signifie donner et/ou établir le commencement. Lors Legendre récuse les épithètes « gendarme » ou « providence » dont usent les universitaires pour qualifier et donc définir l'État des XIX^e et XX^e siècles. À ses yeux, l'État aurait toujours été – précisément au titre de la « genèse » – un État « paternel ». Comme il l'écrit, « l'Administration représente, dans la mentalité française, la présence diffuse de l'instance paternelle⁷⁷ ». Ou encore : « *Le mythe intégral*, dans la société française, c'est celui du père, non celui du gendarme [...]. Le père est à la fois bienfaiteur et gendarme [...]. Le paternalisme rend compte des croyances qui entourent l'État⁷⁸. »

Ce « notre Père », il en établit la généalogie par le droit ou, plus exactement, par la façon dont les religieux-juristes, depuis la réforme grégorienne, manipulent et torturent les mots du droit aux fins qu'ils accèdent à l'idée selon laquelle il existerait un père idéal : le *souverain*. Ce que Legendre appelle « la révolution de l'interprète » pourrait se comprendre comme suit : les moines théologiens, soucieux d'asseoir et/ou de diffuser la foi, lui trouvent l'armature scientifique du droit romain qu'ils rapatrient à leur profit, *en faveur des croyances*. Afin de le dire comme Pierre Musso : la Foi des théologiens rencontre la Loi des juristes⁷⁹. La façon dont Legendre raconte ainsi que la souveraineté (au sens premier : le pouvoir du Seigneur car « tout pouvoir vient de Dieu ») a été assurée grâce au vocabulaire du droit romain (*auctoritas, imperium* etc.) n'a rien d'original en soi⁸⁰. Le prototype pontifical de tout « État⁸¹ » (au sens de Pouvoir) était connu⁸². De même l'idée selon laquelle les concepts du politique ne seraient que des concepts théologiques « sécularisés ». Mais précisément : comme anthropologue et/ou psychanalyste, l'idée même d'une « sécularisation » reste une impossibilité aux yeux de Pierre Legendre. Car elle supposerait une auto fondation du sujet ou une perception transparente de soi dans ses rapports au pouvoir. La psychanalyse, comme il l'explique dans *La société comme texte*, en ce qu'elle est fondée sur l'inconscient (objet à « statut négatif »), défait cette vision de l'institutionnel et interdit ce qu'il nomme la « redite du rationalisme occidental⁸³ ».

Qu'il s'agisse de l'empire universel de la vérité construite en faveur de la souveraineté du Pape ou de l'État républicain comme fiction juridique des siècles plus tard, la logique ne change pas : l'État reste un « effet du monothéisme latin »

⁷⁶ P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit., p. 53.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 66.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 191.

⁷⁹ P. MUSSO, « Le concept d'institution... », art. cité.

⁸⁰ Pour s'en tenir à la seule histoire du droit, J. KRYNEN, *L'Empire du roi. Idées et croyances. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècles*, Paris, Gallimard 1993.

⁸¹ P. LEGENDRE, *Argumenta dogmatica...*, op. cit., p. 111.

⁸² En dernier lieu : P. DARDOT et C. LAVAL, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'Etat en Occident*, Paris, La Découverte, 2020, chap. 2 (« L'Église, modèle juridico-politique de la souveraineté de l'Etat », p. 83 et s.)

⁸³ P. LEGENDRE, *De la société comme texte*, op. cit., p. 114-115.

qui a le Père pour objet premier⁸⁴. Les *Leçons VIII. Le désir politique de Dieu*, sont toutes entières consacrées à défendre cette idée. « [C]omment est-il possible, à partir du banal constat de l'existence et du fonctionnement aujourd'hui quasi mécanisé de l'institution "État", de remonter vers la structure, vers le matériau anthropologique et son maniement dans le cadre occidental⁸⁵ ? » Afin de mettre à jour le « principe généalogique comme principe structural d'élaboration des systèmes normatifs⁸⁶ », il faut considérer l'État comme un symbole ou comme mythe. Il est Tiers garant parce qu'il est notre parent au sens des fonctions qu'il exerce pour « instituer la vie⁸⁷ ». Comme l'écrit Legendre, il faut « remonter jusqu'à la manœuvre institutionnelle du père pour découvrir *le fondement anthropologique du pouvoir comme fonction*⁸⁸ ».

Si cet État répond – il différencie et assigne – et est ainsi une fiction qui tient le langage de la vérité, c'est évidemment grâce au travail accompli par les juristes théologiens. Il exerce ainsi une autorité au sens latin : l'*auctoritas* est ce qui contraint mais aide à grandir. Elle dresse par amour et on lui dédie donc son amour en retour, comme *L'amour du censeur* l'explique parfaitement. À ce titre, ni les questions de normativité et/ou de sanctions ne sont susceptibles d'expliquer, selon Legendre, le principe même de l'obéissance au pouvoir. Tout se joue autrement ou en amont. Le lien est fiduciaire. L'État est d'abord celui qu'on écoute (*ob audire*) : l'obéissance est un crédit accordé à sa parole. Le lien est celui du *croire* parce qu'il se caractérise par la confiance, c'est-à-dire la foi, que l'on porte en celui qui parle, parce qu'il répond.

Grégoire Bigot

| Nantes Université.

⁸⁴ P. LEGENDRE, *Leçons VIII. Le Désir politique de Dieu...*, op. cit., p. 271.

⁸⁵ *Ibid.*, préface à la seconde édition, p. VII.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 280.

L'administration entre marché et souveraineté : trois modèles républicains

L'administration est une chose étrange, qui n'en finit pas de résister aux efforts que l'on fait, non seulement pour en diminuer l'emprise, mais même pour en cerner les contours ; à plus forte raison, pour en justifier l'action. Ainsi, par exemple, le concept d'établissement public, en particulier lorsqu'il est « à caractère industriel et commercial », étend son domaine bien au-delà des traditionnelles administrations centrales et même décentralisées. Plus encore, loin de ne régir que les institutions publiques, les procédures administratives s'infiltrèrent partout dès lors que les actions privées sont réputées avoir un effet sur l'ordre public ou l'intérêt général – de l'arbitrage des compétitions sportives à la réglementation des opérations boursières. Avec elles, leur contrôle judiciaire *ad hoc*, celui des tribunaux administratifs, brouille davantage les frontières, qu'on avait pu naïvement croire claires et simples, entre sphère privée, ou sociale, et sphère publique, et soumise comme telle à la volonté proprement politique.

Il y a longtemps, pourtant, que la tutelle publique a perdu de son aura et que, quelles que soient ses options politiques, personne ne peut plus souscrire tout aussi naïvement à l'idée d'un appareil d'État dont la bienveillance intrinsèque à l'égard de ses administrés-citoyens s'enracinerait dans sa connaissance intime de leur bien commun. Et cependant, face aux injustices que produit le marché, l'administration publique fait souvent figure de recours, voire l'objet d'une certaine nostalgie : n'aurait-il pas mieux valu que la puissance publique se chargeât de la fourniture de ces biens et services dont la dévolution au secteur privé a produit tant de difficultés ?

Il importe donc d'autant plus de discerner clairement les principes et les moyens de son action. Si l'on refuse d'aller jusqu'à l'absorption pure et simple de l'ensemble de la production par la puissance publique, quel type de position peut au juste adopter l'administration face au marché ? Doit-elle se contenter du rôle minimal de mise en place du cadre réglementaire permettant le déploiement des initiatives privées (comme y invite la tradition libérale¹), ou peut-elle aller plus loin, et sur quelles bases ? Comment justifier et mesurer la place et le rôle exacts de l'administration dans l'économie de marché ? Peut-elle se réclamer de critères de justice extrinsèques aux volontés des agents économiques eux-mêmes ?

Le problème se pose avec plus d'acuité encore si l'on doit prendre en compte, outre la réalité protéiforme de l'action administrative, non seulement l'utopie

¹ Voir F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, trad. R. Auduin, Paris, PUF, 2007.

économique d'un autogouvernement de la société par le marché², mais aussi celle, proprement politique, d'un autogouvernement direct et sans reste de la société par elle-même. Une telle utopie tient directement au fondement même de la légitimité dont se réclament les sociétés modernes, qui se veulent démocratiques, et à ce titre recherchent perpétuellement les moyens de réduire l'écart entre les volontés des citoyens et leurs réalisations³.

C'est précisément le type même de problèmes que cherchent à résoudre les théories politiques qui ne se cantonnent pas à l'examen du concept de démocratie, mais se refusent également à réduire celle-ci à une conception purement libérale (au sens économique) de la vie commune, et qu'on qualifie pour cela de républicaines. Généralement, toutefois, les efforts qui ont été produits dans le champ de la philosophie républicaine moderne ont été dirigés ou bien vers l'histoire des idées politiques, ou bien vers les aspects les plus abstraitement normatifs qui président aux jugements et décisions politiques légitimes. De fait, peu ont spécifiquement pris en compte l'administration et son action, et lorsqu'ils l'ont fait, ce n'est généralement pas ce qui a le plus retenu l'attention.

Nous voudrions ici rendre justice à de tels efforts, qui paraissent aujourd'hui d'autant plus méritoires que la question de la réforme administrative et de la place des services publics, non seulement n'a jamais quitté l'actualité politique des sociétés occidentales depuis une trentaine d'années, mais tend à devenir en soi un enjeu politique en tant que tel, avec précisément la contestation croissante des réformes administratives consécutives à cette mise sur agenda. À cet égard, rendre justice à ces efforts implique bien entendu aussi bien d'en faire état que d'en mesurer la valeur exacte.

Nous nous proposerons ainsi d'examiner les philosophies de l'administration élaborées dans les deux œuvres de Jürgen Habermas et de Philip Pettit, respectivement dans *Droit et démocratie* et *Républicanisme*⁴. Ces deux œuvres ont été publiées dans la décennie 1990 (la première au tout début, la seconde à la fin), et portent peut-être la marque de leur époque. On peut être frappé en effet rétrospectivement par le fait que l'essor d'une telle réflexion républicaine sur l'administration et l'action publiques soit consécutif à une forte prégnance des idées libérales ou néolibérales dans les sphères sociale et politique, ce dont les gouvernements Thatcher et Reagan dans la décennie précédente furent à la fois la cause et le symbole. Il y a ainsi en partie un intérêt historique à se pencher, à quelque distance, sur l'efficacité respective de ces deux modèles bien distincts.

En effet, ces deux auteurs se révèlent assez proches sur bien des aspects, comme l'importance qu'ils confèrent au concept de délibération dans les procédures de décision publique, ou le fait qu'ils se réfèrent tous deux à la notion de régulation, plutôt qu'à celle traditionnelle de réglementation, pour qualifier l'action administrative et son effet sur la société. Toutefois, ils adoptent des stratégies distinctes pour en justifier l'existence, le premier choisissant de l'adosser au

² Voir P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Paris, Seuil, 1979.

³ Comme on le sait, le statut de l'instance gouvernementale est une difficulté classique de la théorie démocratique, depuis la troisième partie du *Contrat social* de Rousseau. Actuellement des défenseurs intransigeants comme J. Rancière paraissent assimiler toute forme d'institution gouvernementale ou administrative à un dévoiement illégitime du principe démocratique (voir par exemple J. RANCIÈRE, *Aux bords du politique*, Paris, Gallimard, 2004).

⁴ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. C. Bouchindhomme et R. Rochlitz, Paris, Gallimard, 1997 [1992] ; P. PETTIT, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, trad. P. Savidan et J.-F. Spitz, Paris, Gallimard, 2004 [1997].

concept de loi, le second privilégiant plutôt son adaptation à l'initiative individuelle ; distinction qui reflète logiquement celle de leurs options philosophiques fondamentales, déontologique pour le premier, conséquentialiste pour le second.

Cependant, en définitive, quelles que soient ces différences, leurs deux approches de l'administration partagent une même défiance à l'égard d'une troisième, que l'on pourrait qualifier de sociologique ou d'institutionnelle et que nous évoquerons pour finir. En préambule, il convient toutefois de dresser le décor en revenant brièvement sur la manière dont le droit français, dans sa jurisprudence et dans sa doctrine, avait prévu le statut de l'action administrative en matière économique et commerciale. Cette introduction « institutionnelle » permettra, ainsi, de mieux saisir l'apport de cette troisième version possible de la réflexion républicaine sur l'administration, davantage centrée sur l'apport des sciences sociales que ses deux devancières.

I. LE LEGS FRANÇAIS : SERVICE PUBLIC ET ÉCONOMIE DE MARCHÉ

Le concept de service public tel qu'il a été élaboré dans la doctrine et la jurisprudence française, sous la III^e République particulièrement, fait l'objet de beaucoup de confusions dans le débat public, pour des raisons qui tiennent sans doute autant à la structure de ce débat qu'à la complexité insigne de cette notion.

La notion de service public peut en effet s'entendre de trois manières : selon la forme, selon la matière et selon l'organe. Selon la forme, on parlera d'un critère de compétence du droit administratif : la notion de service public sert alors de critère permettant la répartition du contentieux entre la juridiction civile (dont la Cour de cassation constitue le dernier ressort) et la juridiction administrative (couronnée par le Conseil d'État, qui est aussi l'instance de supervision hiérarchique de l'ensemble de l'administration). Le Tribunal des conflits, comportant autant de membres de chacune des deux juridictions suprêmes, sous la présidence du garde des Sceaux, permet de trancher les cas litigieux. Ainsi, le célèbre arrêt *Blanco* du 8 février 1873, où la doctrine administrative officielle voit encore le point de départ de la théorie du service public comme du droit administratif moderne, est précisément un arrêt du Tribunal des conflits⁵. Il n'est pas indifférent que cet arrêt, « ressuscité » par la jurisprudence ultérieure, ait concerné la responsabilité d'une administration en charge d'une activité de type industrielle, en l'occurrence la manufacture des tabacs (alors en régie publique) – il s'agissait en l'occurrence de la responsabilité de l'État dans l'accident d'une petite fille heurtée par un wagonnet. La notion de service public se voyait d'emblée mobilisée pour justifier non seulement la juridiction administrative en général, mais plus particulièrement la spécificité du droit de l'administration en matière économique.

⁵ Pour le point de vue orthodoxe, voir G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Sciences Po/Dalloz, 7^e éd., 2005 ; G. BRAIBANT *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2007. Pour un point de vue critique, voir par exemple G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2000, p. 527-536. Pour la doctrine contemporaine (toujours en désaccord sur ce point avec la théorie « administrative » du droit administratif), il s'agit d'une reconstruction *a posteriori*, la notion de service public n'ayant pas eu, pour le commissaire du gouvernement à l'origine de l'arrêt, la signification exacte et déterminante que la doctrine ultérieure lui a prêtée pour les besoins de sa propre cause.

Signalons que c'est aussi le contexte qui a présidé à l'élaboration du concept formel de service public dans les premières années du XX^e siècle. La notion a été élaborée afin de préserver la compétence administrative en matière de gestion publique, par Maurice Hauriou d'abord (dans son livre de 1899, *La gestion administrative*), puis par le commissaire du gouvernement Romieu dans l'arrêt *Terrier* du Conseil d'État en 1903⁶. Fait important, l'action administrative se trouvait ainsi détachée du concept classique de prérogative de la puissance publique, pour s'articuler de manière plus objective à un certain type d'action sur la société. À première vue, la compétence formelle est donc associée à une dimension matérielle.

Si on le considère sous cet angle, le service public peut désigner la finalité d'une action, qui vise l'intérêt général, et ce qu'elle soit d'initiative publique ou privée. C'est Léon Duguit qui a le plus œuvré pour la promotion de cette conception dans la mesure où cela permettait de faire pièce à l'idée selon laquelle l'action administrative puisait sa légitimité à la source de la volonté gouvernementale, de manière fondamentalement arbitraire et cautionnant tous les régimes autoritaires tels ceux contre lesquels s'étaient élevés les Républicains depuis la Révolution française. Duguit tresse ainsi des lauriers à la jurisprudence administrative moderne pour avoir promu le recours pour excès de pouvoir, permettant à tout administré d'attaquer l'action administrative sur des critères objectifs, en l'espèce la satisfaction du service public, c'est-à-dire tout ce qui va dans le sens de l'accroissement de la solidarité et de l'interdépendance sociale⁷. Toutefois, les efforts de Duguit prennent précisément toute leur portée au moment où le Conseil d'État choisit, de son côté, de restreindre la portée de la distinction formelle entre gestion publique et gestion privée dans un cas de compétence en matière de contrats publics, ce qui consacre à nouveau le concept subjectif de prérogative de la puissance publique au détriment de celui, objectif – et que Duguit prétend même scientifique – d'interdépendance sociale⁸. Le critère matériel n'est donc pas ce qui détermine la compétence formelle de la juridiction administrative.

Et pour arriver au troisième aspect du concept, l'aspect organique, ce critère n'est pas non plus ce qui détermine l'attribution de la tâche à une personne publique. Une activité de service public peut être en effet attribuée à une personne privée ou à une personne publique. La limitation du rôle de l'État a été poursuivie par l'arrêt dit *Bac d'Eloka* où le tribunal distingue deux « natures » de services publics : service public à caractère industriel et commercial (SPIC, relevant de la juridiction civile) et service public administratif (SPA, relevant de la juridiction administrative, et défini simplement de manière négative par rapport à la première)⁹. Or cette jurisprudence devait servir de base à la distinction entre deux

⁶ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, Paris, Larose, 1899 ; G. BRAIBANT *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 73-76 ; voir aussi J. ROMIEU, Conclusions sur CE, 6 février 1903, *Terrier*, n° 07496, rec., *Revue générale du droit*, 2018, numéro 29383 [En ligne : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29383].

⁷ Voir L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1925 [1913].

⁸ L'arrêt en question, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, date de 1912 ; il n'est pas indifférent que le commissaire du gouvernement fût peu suspect de complaisance envers les puissances économiques (il n'était autre que Léon Blum).

⁹ G. BRAIBANT *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 230-239. Les raisons de cette restriction de la compétence administrative tiennent peut-être autant à la théorie du libéralisme économique qu'à la nécessité pratique de diminuer le volume du contentieux pour des tribunaux administratifs débordés. De fait, la jurisprudence ultérieure a surtout consacré le retour en grâce du concept de gestion publique afin de limiter les conséquences de l'arrêt pour la juridiction publique.

types d'établissements publics, les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC, que nous évoquions en commençant, et dont la SNCF est aujourd'hui un exemple typique) et les établissements publics administratifs (EPA) – les critères de distinction n'étant pas d'une clarté cristalline.

Le concept de « service public à la française », on le voit, ne peut pas désigner une réalité née de la superposition de ces trois critères : une branche de l'administration publique agissant en raison d'une fonction sociale qu'elle seule peut accomplir, et ressortissant en cela d'un tribunal administratif. Le fait que les trois critères se soient réellement superposés historiquement est même douteux, même si on peut identifier, rétrospectivement, une brève période¹⁰ pendant laquelle on aurait pu le croire. S'est ouverte depuis une période dite de la « crise du concept de service public », dont la doctrine administrative n'est jamais réellement sortie¹¹. Cependant, le débat public de son côté s'est encore complexifié, et obscurci, du fait de la constitution d'une nouvelle catégorie, consécutive aux nationalisations. Le passage sous propriété publique d'entreprises industrielles et commerciales après la Seconde Guerre mondiale put en effet être motivé par le préambule – toujours en vigueur actuellement – de la Constitution de la IV^e République, qui énonce que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité¹² ».

Un nouveau critère, celui de l'appropriation publique, est ainsi apparu, et avec lui le concept de « secteur public », qui désigne une branche de l'activité économique, d'initiative privée et régie par le droit privé, mais financée et pilotée par la puissance publique par l'intermédiaire d'administrateurs civils nommés par l'État, permettant la nomination de présidents (souvent eux-mêmes hauts fonctionnaires) à la tête de ces institutions. Un nouveau critère matériel, celui de « monopole de fait », vient alors enrichir les moyens à la disposition de l'action publique. Il renvoie, en particulier, aux entreprises fournissant des services sur la base d'un réseau (de transport ou de communication), lequel ne peut pas être dupliqué sans coûts importants sinon insupportables, du fait même de la concurrence : si ce n'est pas au nom de la libre concurrence que se voit ainsi consacrée la puissance publique, du moins n'est-ce pas non plus à l'encontre cette dernière.

Si c'est surtout le secteur public qui, à travers les privatisations, fut remis en cause dans les années 1980 par les politiques nettement libérales qui dominèrent l'actualité politique, cette remise en cause affectait aussi le critère matériel du service public, du moins dans sa signification traditionnellement admise d'alternative face au marché et de garantie de la solidarité sociale. Cela devint manifeste lorsque le vent de réforme de l'administration ne concerna plus seulement les entreprises à capitaux publics, mais aussi les administrations elles-mêmes, peu à peu sommées d'évaluer leur action à des critères de rentabilité à la

¹⁰ De 1908 (arrêt *Feutry* du Conseil d'État généralisant le principe de la gestion publique, à l'initiative du commissaire du gouvernement Georges Teissier) à 1912 (arrêt *Granits prophyroïdes des Vosges*, voir *supra*, note 8).

¹¹ C. BOSVIEUX-ONYEKWELU, *D'une sociodécennie à un savoir d'État : le service public, une tentative de mise en forme du monde social par le droit (1873-1940)*, thèse de doctorat en sociologie, dirigée par J.-L. Halpérin et L. Willemez, Université Paris-Saclay, 2016.

¹² Voir *Les constitutions de la France de la Révolution à la IV^e République*, Paris, Dalloz, 2009, p. 304-305.

manière des acteurs de marché, quand elles ne se voyaient pas graduellement transformées en sociétés anonymes¹³.

On le voit : ni la théorie politique (qui, pour l'essentiel, ne s'y est guère intéressée) ni la science juridique elle-même ne sont parvenues à fournir à l'administration publique un fondement doctrinal bien ferme quant à la question de sa position et de son rôle en matière économique¹⁴. C'est dans ce contexte que l'on peut mesurer l'intérêt d'une élaboration renouvelée de la théorie républicaine de l'administration au cours des années 1990.

II. HABERMAS : L'ADMINISTRATION AUX ORDRES DE LA LOI COMMUNE

A. La reconstruction de l'État de droit

Les juristes français classiques, Hauriou et Duguit notamment, avaient cherché les clés d'analyse du nouveau droit public dans la science sociale¹⁵. Issu de la théorie critique, un courant philosophique connu pour ses recherches à la croisée de la philosophie et des sciences sociales, on aurait pu s'attendre à ce que Habermas prolonge l'effort de compréhension sociologique du droit républicain moderne en cherchant dans des fonctions sociales la raison d'être de l'administration publique. Dans l'ouvrage de référence qu'il a consacré en 1992 à la philosophie du droit, il a en un sens donné sa pleine mesure à sa propre théorie sociale, élaborée d'abord dans la *Théorie de l'agir communicationnel*¹⁶, en lui offrant un débouché dans le domaine politique. Comme on le sait, la puissance de l'ouvrage vient ainsi de sa capacité à faire le lien entre un grand nombre de traditions théoriques sur l'État et la société, au moyen d'une conception parfaitement originale, d'une grande ampleur et d'une grande cohérence, de l'origine de la normativité sociale. On ne peut pourtant qu'être frappé par le grand classicisme qui se dégage de cette construction du point de vue de l'analyse de l'administration.

Habermas inscrit sa réflexion dans un cadre anthropologique évolutionnaire, qui voit dans la modernité une rupture ayant permis aux sociétés occidentales de s'affranchir des puissances du sacré (caractéristique des « sociétés tribales¹⁷ ») pour

¹³ C'est la réforme *Next steps* qui, en 1989 au Royaume-Uni, a lancé le chantier du *New Public Management* ou nouvelle gestion publique, mouvement bientôt étendu à la plupart des sociétés occidentales ; un exemple typique d'évaluation de la rentabilité administrative de manière pseudo-marchande, via l'introduction de tarifs réglementés en lieu et place des prix de marché. Voir la célèbre tarification à l'activité mise en place en France à l'hôpital public (P. A. JUVEN, *Une santé qui compte ? Les coûts et les tarifs controversés de l'hôpital public*, Paris, PUF, 2016). Pour la transformation d'administrations centrales en agents économiques de droit privé, on peut penser entre autres, en France, à l'ancienne administration des PTT, désormais La Poste. Dans la jurisprudence et l'action administrative, l'analyse économique de l'action publique a été introduite graduellement depuis les années 1970 (« théorie du bilan »). Voir B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004.

¹⁴ Les ambiguïtés du concept de service public nous paraissent s'enraciner dans le statut mythique que ce concept a fini par acquérir dans la société française. Sur ce point nous nous permettons de renvoyer à notre étude « L'intérêt général défini comme service public : la puissance d'un mythe », in C. GABORIAUX et M. KALUSZYNSKI (dir.), *Au nom de l'intérêt général*, Berne, Peter Lang, 2022.

¹⁵ Voir M. HAURIOU, *Écrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2010 ; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901.

¹⁶ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, trad. J.-M. Ferry, Paris, Fayard, 1987 [1981].

¹⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 159.

entrer dans une sphère de réflexivité et d'autonomie, où elles cherchent leurs propres principes d'organisation sous l'égide de la raison. C'est cette rationalité qui leur permet la reconnaissance et la garantie collectives, par le droit, des principes fondamentaux que sont la liberté et la dignité individuelles. Habermas pense ainsi avoir trouvé le moyen d'opérer le dépassement entre deux attitudes théoriques antagoniques : d'une part, le discours des sciences sociales, qui met en lumière les structures des sociétés sans chercher à en saisir les aspirations normatives (quitte, même, à douter de la réalité des valeurs qu'elles prétendent se donner) ; d'autre part, le discours normatif des philosophies de la justice, qui néglige la dimension institutionnelle que mettent en lumière les sciences sociales¹⁸. Selon Habermas, une conception pragmatiste de la discussion permet de comprendre le dépassement pratique de la dualité entre factualité et normativité par une communauté d'individus activement engagés dans la recherche des principes de la vie commune, et dont la dimension illocutoire de leurs propos les plonge d'emblée dans la recherche collective de ces principes.

Toute la question revient ainsi à établir les moyens d'une communication permettant de fonder effectivement la réalité institutionnelle sur la communauté sociale réelle, et qui, par le biais de ces institutions, accède véritablement à la communauté proprement politique. C'est donc dans la communication que gît pour Habermas (d'accord en cela avec Hannah Arendt¹⁹) le principe démocratique des sociétés contemporaines, le creuset d'où tout pouvoir politique se doit de puiser ses finalités et sa légitimité. Or de manière frappante, ce pouvoir est ramené tout entier par lui à l'institution administrative : « Le système de l'Administration publique concentre en lui un pouvoir qui doit toujours à nouveau se régénérer à partir du pouvoir fondé sur la communication²⁰. » Mais c'est seulement à travers le droit authentique, c'est-à-dire valablement édicté, que le pouvoir collectif se transforme en pouvoir administratif. Le droit n'est donc pas seulement un ensemble de procédures formelles, mais bien véritablement l'opérateur vivifiant de la transmutation des discussions en obligations légales²¹.

Formellement, Habermas insiste ainsi surtout sur la différence entre sa conception de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs, et la conception libérale qui réduit le fondement des institutions à la seule garantie des libertés individuelles, et qui tend à ne percevoir dans les relations politiques que des relations de représentation d'intérêts particuliers. S'il y a une dimension procédurale dans sa théorie de l'État de droit, cette procédure n'est pas purement formelle mais pour ainsi dire transcendante, et permet de distinguer sa conception de la communauté politique de la conception libérale sur la base d'une distinction entre communauté intersubjective et communauté d'individus.

C'est la raison pour laquelle il ne faut pas selon lui interpréter de manière faible la séparation de l'État et de la société. Ces deux instances doivent être distinguées et articulées clairement. Ainsi, Habermas considère que la société civile n'est pas autonome mais demande à être organisée. Il distingue alors la sphère où les citoyens confrontent leurs intérêts et mesurent par-là les uns par rapport aux autres ce qu'il nomme leur « pouvoir social » respectif, à savoir « la possibilité, pour un acteur, de faire valoir dans les relations sociales ses propres intérêts, y

¹⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹ *Ibid.*, p. 165-168.

²⁰ *Ibid.*, p. 188.

²¹ *Ibid.*

compris contre la résistance d'autres personnes²² ». Sans être aveugle à ce qu'on peut aussi appeler la sphère des inégalités sociales et de la concurrence entre intérêts conflictuels, il soutient ainsi que c'est à la « société civile », structurée par la « culture politique » permise par un espace public de discussion, de « compenser » cette inégalité de manière à ce qu'elle rende possible l'autonomie individuelle du citoyen davantage qu'elle ne la limite.

Car c'est seulement lorsque les conditions de la communication existent en pratique que les institutions peuvent être légitimes et, en retour, stabiliser ces conditions de communication de manière à ce que l'ensemble de l'édifice puisse être lui-même stabilisé, et offrir à ses membres la sécurité juridique qui est l'un des buts essentiels de l'institution politique. C'est pourquoi Habermas se livre à une reformulation originale de la théorie de la séparation des pouvoirs, désignée par les formules de la « Législation », de la « Justice » et de « l'Administration » – ce dernier terme manifestant un écart terminologique par rapport au concept traditionnel de pouvoir exécutif, et sur lequel nous reviendrons. Le rôle de l'Administration est à cet égard décisif et fait l'objet d'une étude précise, car il ne doit pas être soumis au « pouvoir social » mais bien uniquement au pouvoir communicationnel. Celui-ci est directement ancré dans le principe classique de la souveraineté populaire, tel qu'interprété par la théorie de la discussion. Ce principe implique la protection juridique des individus, laquelle suppose la soumission de la Justice au droit de l'État.

C'est donc essentiellement par le biais de l'Administration que se trouve garantie la protection des libertés individuelles, en tant qu'elle se trouve étroitement assujettie à la Législation²³. Dès lors, elle n'a pas à interférer dans les procédures législatives comme judiciaires et le pouvoir exécutif est soumis à un contrôle juridictionnel²⁴. Mais là encore, Habermas insiste sur le fait que le principe de légalité de l'Administration puise la substance de sa légitimité dans le caractère effectif et démocratique de la communication et non dans de simples procédures mécaniques d'autolimitation réciproque des institutions publiques comme le veut la doctrine libérale classique²⁵. C'est seulement « d'après les différentes formes de communication et les potentiels de raisons qui y correspondent » que peuvent être différenciées les trois « fonctions » instituées²⁶. Chacune se distingue par l'étendue de son pouvoir communicationnel, seule la fonction législative en bénéficiant pleinement, de par sa supériorité issue du principe démocratique de la souveraineté populaire.

Schématiquement parlant, si l'on excepte l'interprétation communicationnelle de la légitimité populaire, on peine ainsi à distinguer le schéma habermassien d'une reprise du schéma libéral classique, à une différence près : rien n'est dit sur la structure de la représentation parlementaire, c'est-à-dire sur ce qu'il est convenu d'ordinaire d'appeler le gouvernement. Tout se passe comme si l'accent mis sur la législation avait non seulement assujetti plus étroitement que jamais l'institution administrative à son fondement légitime, mais avait tout bonnement absorbé en

²² *Ibid.*, p. 194.

²³ *Ibid.*, p. 192 : « c'est seulement grâce au *principe de la légalité de l'Administration* que l'on saisit le sens essentiel de la séparation des pouvoirs » (l'auteur souligne).

²⁴ *Ibid.*, p. 193-194.

²⁵ *Ibid.*, p. 206-213. Ainsi p. 209 : « À vrai dire, la théorie libérale de la séparation des pouvoirs s'appuie sur une interprétation réductrice de ce concept de loi. »

²⁶ *Ibid.*, p. 212.

elle-même l'instance gouvernementale²⁷. Comme le remarque Vincent Descombes, Habermas, qui reprend très largement la structure du vieux contractualisme, formule avec plus de netteté que jamais les principes « d'une pure nomocratie, d'un gouvernement par la loi²⁸ ». Descombes rappelle ainsi les dangers d'un tel régime en évoquant le spectre de la Terreur révolutionnaire.

Il n'est pas besoin toutefois d'aller jusqu'aux origines historiques du régime républicain pour montrer les limites d'une telle conception. Ainsi, Nicolas Roussellier a mis en lumière comment le régime de la III^e République, par réaction vis-à-vis de l'interminable succession de régimes autoritaires au XIX^e siècle, s'était construit sur les bases d'un parlementarisme strict (au point qu'on a pu parler d'« État légal²⁹ »), où la notion de pouvoir exécutif se trouvait interprétée de manière littérale – comprendre qu'un tel pouvoir ne pouvait revendiquer aucune initiative en matière législative, mais devait se borner strictement à mettre à exécution sans discussion les décisions de la volonté générale, c'est-à-dire de la représentation nationale³⁰. Or Roussellier n'en montre pas moins comment ce refus de penser l'articulation de la volonté des agents de l'État, chargés de l'action de celui-ci, et celle des parlementaires, a induit une succession continue de crises qui n'ont été débloquées que par le cours des événements (la Première Guerre mondiale en particulier), et dont le dernier chapitre a été la réaffirmation virulente, dans une réaction aux antipodes de l'esprit de la tradition républicaine, des prérogatives du pouvoir exécutif dans la Constitution de 1958³¹.

Il n'est pas impossible, néanmoins, que le refus habermassien de donner au pouvoir exécutif ses lettres de noblesse – et ne serait-ce que son propre nom – procède d'un même type de réaction que celui qui avait vu les parlementaires républicains des années 1870 et 1880 théoriser la mise au pas de l'exécutif. On sait assez en effet quelle place occupe, dans la philosophie habermassienne, le décisionnisme schmittien et son contexte historique, pour qu'il soit inutile d'insister sur ce point. Il n'en demeure pas moins que sa mise en valeur de l'action administrative paraît bien ressembler à un éloge trompeur : comme si l'administration n'était là que pour remplir le vide causé par la disparition du gouvernement. Il convient ainsi d'analyser la manière dont la fonction dévolue traditionnellement à celui-ci, en l'occurrence, en ce qui concerne la position de l'administration par rapport à l'économie de marché, est prise en charge par la théorie de la communication qui se trouve aux fondements de la loi souveraine.

²⁷ Par contraste, selon la Constitution de la V^e République (art. 20 et 21), c'est le Premier ministre qui, en tant que chef suprême de l'administration, a le titre de président du Conseil d'État (raison pour laquelle le chef effectif de cette institution n'en a que celui de vice-président).

²⁸ V. DESCOMBES, « Le contrat social de Jürgen Habermas » in *Le raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique*, Paris, Seuil, 2007, p. 353.

²⁹ M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit*, Paris, Economica, 1992 ; voir également, à l'époque, la critique de R. Carré de Malberg dans *La loi, expression de la volonté générale* (Paris, Economica, 1999 [1931]).

³⁰ N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner. Une histoire du pouvoir exécutif en France*, Paris, Gallimard, 2015.

³¹ On peut citer en l'espèce la distinction prévue par la Constitution entre le domaine de la loi et le domaine du règlement, qui n'a été posée qu'afin de limiter le pouvoir du législatif par rapport à l'exécutif.

B. L'administration dans la régulation sociale

On l'aura compris, en effet, Habermas se défend de tout individualisme contractualiste dans la mesure où il entend inscrire concrètement les conditions de la légitimité, non pas dans les volontés individuelles séparées des citoyens comme le veut le contractualisme classique, mais dans un processus effectif de communication qui, selon lui, permet de substituer à l'abstraction contractualiste des conditions concrètes, sociales, d'effectivité. Bien plus, de son point de vue, l'État ne saurait constituer à lui seul la condition et la finalité de la vie sociale, dont l'administration (la puissance qui exécute la volonté souveraine) n'est qu'une des « trois puissances d'intégration », aux côtés de « l'argent » et de « la solidarité³² ». Certes, issu historiquement de la monarchie, l'État n'a pas à revendiquer le privilège de la constitution du social. Le principe d'intersubjectivité ne permet pas seulement de décentrer la souveraineté populaire par rapport aux volontés individuelles, il est aussi un vecteur de décentrement de l'État lui-même par rapport à l'intégration et à la régulation sociales en général³³.

Dans la perspective d'Habermas, ce n'est pas nécessairement à l'État de prendre en charge directement les aspects néfastes de l'économie de marché, car dans la situation historique où nous nous trouvons (ou du moins que Habermas perçoit lorsqu'il compose son livre, à la fin de la décennie 1980), on observe une défiance à l'égard de l'État planificateur et une revendication de l'autonomie des différentes sphères sociales à l'égard de l'administration. Le sens de l'action de cette dernière doit ainsi être renouvelé, toujours en évitant de tomber dans l'aporie d'une opposition entre normes et faits : en l'occurrence, entre une conception purement individualiste et économiciste du système politique, et une conception purement factuelle qui ne voit dans les interactions sociales que des systèmes autorégulés à l'aveugle³⁴. La démocratie délibérative ne prend pas seulement son sens du point de vue formel de la légitimité des pouvoirs constitués, elle se révèle cruciale pour l'intégration sociale elle-même.

On peut comprendre pourquoi il importe de distinguer les deux dimensions des relations sociales que sont, comme on s'en souvient, celle, potentiellement conflictuelle, du « pouvoir social », et celle qui en corrige concrètement les effets négatifs, de la « société civile ». C'est seulement par le jeu d'une telle correction que les individus peuvent authentiquement accéder à une autonomie civique et politique. Comme Habermas le remarque lui-même, du fait d'une telle distinction, le concept de société civile subit une inflexion majeure par rapport au sens qu'il avait jusqu'ici, notamment dans la tradition marxiste : il « n'inclut plus, en effet, l'économie régulée par les marchés du travail, les marchés des capitaux et des biens et constituée par le droit privé. Au contraire, son cœur institutionnel est désormais formé par ces groupements et ces associations non étatiques et non économiques à base bénévole qui rattachent les structures communicationnelles de l'espace public à la composante "société" du monde vécu ». Ce qu'il désigne concrètement est « un tissu associatif qui institutionnalise dans le cadre d'espaces publics organisés les discussions qui se proposent de résoudre les problèmes surgis concernant les sujets d'intérêt général³⁵ ».

³² J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 169.

³³ *Ibid.*, p. 324.

³⁴ Habermas pense ici à N. Luhmann et, dans une moindre mesure, à G. Teubner. Voir en particulier *ibid.*, chapitre VIII.

³⁵ *Ibid.*, p. 394.

Certes, on ne peut prendre l'auteur de *L'espace public* en défaut de naïveté à l'égard des processus susceptibles d'empêcher la constitution effective de ce substrat indispensable de la communication (*mass media*, grandes organisations capitalistes, instituts de sondage, etc. – même si, et pour cause, l'auteur ne pouvait pas prendre en compte les réseaux socio-numériques). Il n'en demeure pas moins que l'on reste frappé par l'indétermination dans lesquels demeurent, non seulement les mécanismes concrets de la correction des problèmes économiques par la sphère civile, mais aussi la sphère économique elle-même, qui n'est jamais désignée que sous le terme vague de « l'argent », et dont les effets négatifs ne paraissent jamais appréhendés que dans une perspective purement individuelle. Il semble que de fait, Habermas dirige davantage ses efforts vers la conjuration du fantasme révolutionnaire d'une auto-organisation directe de la société, que vers la signification concrète de la régulation indirecte qu'il appelle de ses vœux³⁶.

III. LE PARADIGME RÉGULATEUR : L'ADMINISTRATION AJUSTÉE AUX ÉCHANGES SOCIO-ÉCONOMIQUES

A. Un républicanisme sans souveraineté

Tel n'est pas, assurément, le reproche que l'on pourrait faire à Philip Pettit. Même s'ils partagent un même souci de stabilisation sociale et de protection des libertés individuelles, le contraste ne peut qu'être saisissant avec le républicanisme habermassien : perspective résolument conséquentialiste, intérêt porté aux modalités d'action gouvernementale plutôt qu'aux principes de légitimation de l'administration, focalisation approfondie sur l'encouragement des comportements vertueux chez les individus.

À la différence de l'ambition théorique d'Habermas, la perspective est essentiellement normative et ne s'embarrasse pas de référence au caractère objectif des structures mises en évidence par les sciences sociales. Elle n'est pas contractualiste non plus dans la mesure où le paradigme politique est celui du républicanisme civique, entendu comme réflexion sur les finalités de l'action gouvernementale plutôt que sur les volontés individuelles censées en être au fondement. À cet égard, ce républicanisme entend se démarquer de la perspective libérale en faisant davantage que viser une garantie abstraite des libertés individuelles, celles-ci étant entendues comme le droit de ne pas subir la « domination » d'autrui. Cette conception, par opposition à la simple « non-interférence » du libéralisme, est érigée au rang d'idéal politique permettant une appréhension véritablement communautaire de la vie sociale dans la mesure où elle permet de considérer la vulnérabilité comme une cause commune³⁷. En effet, si l'identification à la vulnérabilité de n'importe quel autre citoyen est possible (ce qui est la tâche que doit accomplir un gouvernement républicain), alors chacun verra non seulement une garantie, mais une augmentation de sa propre liberté, chaque fois que le gouvernement s'opposera à des situations de domination envers des personnes vulnérables.

Pour ces raisons, le gouvernement républicain peut se donner des objectifs sociaux déterminés, tels que « l'écologie, le féminisme, le socialisme et le

³⁶ *Ibid.*, p. 399.

³⁷ P. PETTIT, *Républicanisme*, *op. cit.*, chap. IV, p. 164.

multiculturalisme³⁸ ». Sur le plan de la politique économique, c'est donc le « socialisme » qui est identifié comme le débouché pertinent d'une conception de la liberté comme non-domination. Plus exactement, l'auteur montre la compatibilité des revendications sociales dans la sphère du travail avec sa conception néorépublicaine de la politique. Elle permet en effet de justifier le recours à la grève là où la conception de la liberté comme non-interférence des libéraux conduira à considérer celle-ci comme illégitime. On ne peut certes pas considérer cette conception comme purement subjectiviste dans la mesure où les grévistes peuvent arguer que la menace de la misère correspond à une réalité tangible ; toutefois, on peut en relever l'ancrage radicalement individualiste, dans la mesure où elle ne prend jamais pour point de départ que des situations individuelles, et non pas l'analyse des structures de la production ou des échanges monétaires et financiers, bref des rapports sociaux. Il n'y a pas, dans ce républicanisme, de conception relationnelle de la vie sociale – aspect que l'intersubjectivisme de Habermas tentait de maintenir, en souvenir de l'approche sociologique qu'il entendait refonder par sa théorie de la communication.

Cet accent mis sur l'action gouvernementale, s'il permet de s'affranchir des fantômes du contractualisme, ne s'appesantit pas sur la construction formelle des institutions. Le gouvernement y apparaît comme un ensemble de décideurs anonymes, par contraste avec la tradition républicaine qui réfléchit sur les conditions de possibilité institutionnelles permettant un gouvernement qui vise la liberté civique (par exemple le gouvernement représentatif³⁹). Même s'il s'y trouve mieux nommé que chez Habermas, le gouvernement paraît ainsi plutôt désigner une instance qu'une institution. On cherchera en vain qui, du parlement, du gouvernement proprement dit ou de l'administration, est en charge de la réalisation des tâches de la république. Pour autant, Pettit propose une conception assez précise des modalités de cette action.

B. Principes généraux de régulation sociale

Comme chez Habermas, l'emploi du concept de régulation, d'origine biologique puis sociologique⁴⁰, confère à l'action gouvernementale une dimension plus générale que ne le ferait le recours à celui, étroitement administratif, de réglementation. Plus encore, il permet d'étendre les modalités de l'action publique au-delà du strict cadre organique où risquerait de l'enfermer une conception étroitement juridique de celle-ci. Cela n'en permet pas moins de mettre en lumière certains aspects de l'action administrative.

La première caractéristique de cette conception néorépublicaine est qu'elle se focalise sur les gouvernants plutôt que sur les administrés⁴¹. Il s'agit, dans la droite ligne des préoccupations républicaines classiques, de favoriser la vertu civique en prévenant la corruption des corps constitués. Dans son optique conséquentialiste d'une stabilisation du corps social, l'accent est mis sur la prévention et la constitution concrète des conditions de possibilité du succès plutôt que sur les principes de justification des sanctions : prévention est plus efficace que guérison. L'auteur insiste donc sur le filtrage des candidats aux responsabilités publiques, et

³⁸ *Ibid.*, p. 176 et chap. v, *passim*.

³⁹ B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1995.

⁴⁰ T. BOCCON-GIBOD, « Régulation (sociologie) » in J.-B. AUBY *et al.*, (dir.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, Lexis Nexis, 2015.

⁴¹ P. PETTIT, *Republicanisme*, *op. cit.*, chap. VIII : « Contrôler la république ».

sur la mise en place de sanctions positives visant à renforcer l'estime publique des comportements vertueux⁴².

Par comparaison avec la main invisible des marchés, la sanction réputationnelle constitue une « main intangible » qui repose sur la tendance spontanée des individus à la conformité sociale ; elle n'est pas plus intentionnelle que la première (il s'agit donc d'une forme de mécanisme social aveugle), ne s'y oppose pas non plus mais peut au contraire lui apporter un complément bienvenu. Dans le cas des individus spontanément récalcitrants (les « coquins »), une autre stratégie est nécessaire, la punition directe. En revanche, celle-ci doit faire l'objet d'une graduation progressive, de manière à ne pas décourager les individus ayant spontanément tendance à se conformer aux règles.

Petit fait ici référence à un livre qui a connu un succès nettement plus grand en sciences de l'administration qu'en philosophie politique, celui de I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive regulation*⁴³, et qui permet de situer la réflexion de Petit dans le contexte plus empirique de la réflexion administrative de ce républicanisme. Le modèle d'échelle graduée des sanctions est au cœur de cet ouvrage qui inaugure un véritable programme de recherche déclinant les modalités de la régulation dans différents types de politiques publiques⁴⁴. Ce paradigme régulateur promettait en effet une « troisième voie » devant l'alternative entre économie planifiée et étatisée et déréglementation (ou « dérégulation ») totale des marchés. Néanmoins, la solution proposée ne se place pas du tout sur les plans matériel et fonctionnel (ceux où l'on attendrait spontanément la « place de l'État dans l'économie »), mais uniquement sur celui, purement pragmatique, de la procédure administrative. Il s'agit d'identifier les bons moyens permettant la mise en conformité des agents aux normes établies, que ces agents soient publics ou privés, et quelle que soit la nature de ces normes⁴⁵. D'où cette échelle de sanctions, à laquelle la philosophie républicaine donne sa profondeur théorique, au moyen des concepts de non-dominance et de civilité républicaine.

La notion de régulation recouvre ainsi une ambiguïté dommageable à la qualité du débat public. Dans son usage courant, elle évoque en effet une restriction de la

⁴² *Ibid.*, p. 294-306 ; sur la « stabilisation », voir p. 279.

⁴³ I. Ayres, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1992.

⁴⁴ C. Harlow, R. Rawlings affirment ainsi qu'« qu'aucun manuel de droit administratif ne peut être complet aujourd'hui sans y faire référence » (voir *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^e éd., 2006, p. 319 ; cité par T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, thèse de doctorat en droit public, dirigée par G. Marcou, univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011, p. 280). Ce programme, nourri aussi, notamment, des travaux de G. Majone en droit de l'Union européenne (dans lequel la régulation fait figure d'alternative à l'harmonisation des politiques publiques en Europe), a de fait accompagné l'essor du Nouveau Management Public et de l'analyse économique du droit dans les années 1990 et 2000. Il est impossible d'en donner ici un aperçu représentatif. Du côté de la philosophie néorépublicaine, voir néanmoins C. SUNSTEIN (que Petit cite abondamment), *After the Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1990 ; *Id.*, « Paradoxes of the Regulatory State », *The University of Chicago Law Review*, 57, 2, 1990, p. 407-441 ; *Id.*, « Reinventing the Regulatory State », *The University of Chicago Law Review*, 70, 1, p. 1-129. Voir T. BOCCON-GIBOD, *Autorité et démocratie*, Paris, Institut Varenne, 2014, chap. 10 ; T. BOCCON-GIBOD, C. GABRIELLI, *Normes, institutions et régulation publique*, Paris, Hermann, 2015.

⁴⁵ Sur cette « conformation » (*compliance*), voir B. du MARAIS, « Compliance » in J.-B. AUBY *et al.*, *Dictionnaire des régulations*, *op. cit.*

sphère marchande ou financière par la puissance publique. Dans son acception précise, elle ne désigne pas réellement une limitation de l'économie concurrentielle, une restriction de la sphère marchande, mais simplement son encadrement formel. Ainsi, par exemple, elle ne permet pas d'évaluer la décision de confier la limitation des émissions de CO₂ à un mécanisme de marché, mais propose seulement des techniques pour que ce mécanisme fonctionne convenablement⁴⁶. Comme chez Habermas, la réflexion reste particulièrement vague, voire inexistante, au sujet des origines sociales de la tension entre inégalités économiques et égalité politique. Plus préoccupant encore, le conséquentialisme républicain, volontairement indifférent à la question de l'origine subjective des décisions publiques, paraît à cet égard ne pas chercher à faire davantage qu'ajouter une touche de paternalisme au libéralisme classique⁴⁷.

IV. UN INSTITUTIONNALISME RÉPUBLICAIN

On peut pour conclure tenter, à quelque distance, un bilan des deux grandes tentatives républicaines pour penser l'administration, alors que triomphait la déréglementation économique et financière ainsi que les nouveaux contrôles de gestion des agents publics. À cet égard, il semble que l'on puisse relever, outre l'apport de chacune, une lacune commune, qui dessine les contours d'une troisième conception républicaine de l'administration.

De Habermas, on peut ainsi retenir comme principal apport le caractère résolument collectif et pluriel de la décision publique présidant à l'action administrative. Ancrée dans la théorie de la souveraineté populaire, qui demeure de fait la signification principale de la notion de démocratie aujourd'hui, cette conception s'inscrit pleinement dans l'horizon axiologique de nos sociétés. On peut également être sensible, chez Pettit cette fois, à la dimension pratique et procédurale de l'action de l'administration, en particulier par son attachement aux implications normatives de cette action, afin d'améliorer les conditions de la sociabilité dans la cité en prévenant l'apparition de comportements déviants et en les sanctionnant de manière avisée.

À l'évidence, néanmoins, tous deux semblent soigneusement éviter le problème auquel on pourrait légitimement s'attendre dans une réflexion sur le rôle de l'administration face aux problèmes que l'économie de marché, non seulement ne règle pas, mais génère directement, par sa tendance structurelle à considérer le marché comme un système autosuffisant et autorégulateur⁴⁸. L'idéal d'autorégulation marchande entre ainsi directement en concurrence avec celui d'une autonomie collective politiquement organisée, laquelle reste le seul véritable fondement alternatif et effectif de la légitimité des institutions modernes. Il paraît donc insuffisant d'en appeler à de simples mécanismes de correction à effet civilisateur, que ce soit par les communications dans la sphère de la société civile ou par l'action bienveillante d'un gouvernement avisé. Et assurer la subordination

⁴⁶ Le concept de liberté mis à part, on peut à cet égard rapprocher la conception néorépublicaine de l'action publique de l'institutionnalisme dit néolibéral, dans lequel les institutions permettent au marché de fonctionner de manière optimale. Voir F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*

⁴⁷ C. Sunstein a depuis clairement assumé un tel positionnement « paternaliste libéral », si oxymorique que paraisse la formule, dans un ouvrage très influent, y compris sur le personnel politique lui-même (C. SUNSTEIN, R. THALER, *Nudge*, Paris, Vuibert, 2010).

⁴⁸ K. POLANYI, *La grande transformation*, Paris, Gallimard, 1985.

du pouvoir administratif à la souveraineté populaire ne change rien au problème, puisque, comme l'ont remarqué les républicains conséquentialistes, celui-ci se situe au niveau de l'action gouvernementale proprement dite.

C'est donc bien là que l'on peut attendre les effets d'un troisième modèle, procédant d'une approche sociologique et institutionnelle délaissée par les précédentes, et qui considère l'administration comme une réalité concrète : ni simple exécutante de la volonté souveraine, ni ensemble de pures procédures de normalisation sociale, communes aux secteurs public et privé, mais bien institution *sui generis* dont l'action doit être pensée à l'aune de ses effets sur la structure des rapports sociaux.

Plus réaliste, cette option ne prodiguerait pas moins de ressources sur le plan normatif. Elle permettrait d'abord de mieux rendre compte de la pluralité des autorités qui, au sein de la diversité des rapports sociaux, permettent une certaine stabilité globale. À cet égard, que l'administration soit formellement un organe subordonné à la volonté populaire ne peut justifier qu'on la considère comme le bras armé d'une volonté suprême toute-puissante. De fait, afin de garantir les libertés publiques, la Constitution limite en effet le champ d'action des organes publics dans la sphère sociale. D'un autre côté, cet institutionnalisme républicain décrit plus adéquatement une institution dont les règles demeurent foncièrement aussi distinctes de celles du marché concurrentiel (quels que soient les efforts qu'on fasse pour l'en rapprocher) qu'elle lui demeure, dans son ensemble, radicalement irréductible. Elle n'est donc, comme telle, ni une alternative globale à l'économie de marché, ni un résidu voué à s'effacer derrière les mécanismes économiques.

Aussi, nulle autre possibilité ne s'offre en définitive que de prendre acte de son ambivalence indépassable. L'administration désigne ainsi à la fois une institution parmi d'autres, avec ses singularités propres, et l'ensemble des dispositifs au sein desquels la puissance publique est susceptible de puiser des moyens d'action pour organiser les rapports sociaux. Son caractère irréductible, que ce soit à une volonté souveraine ou au jeu réglé des marchés, rend dès lors impossible la transparence de la société à elle-même. Mais cette ambiguïté constitutive, une fois qu'on veut bien l'admettre, ne l'en ouvre pas moins à la diversité concrète de ses usages possibles. En particulier, reconnaître cette opacité administrative du social à lui-même conduit à distinguer la société républicaine d'une simple organisation bienveillante du jeu concurrentiel entre acteurs du marché, et par là à mieux assumer l'encadrement et la restriction de ce dernier au sein de la sphère sociale en général. Par le biais de la puissance publique dont elle est le moyen spécifique, l'administration peut alors devenir un vecteur de stabilité et de richesse des relations sociales, c'est-à-dire de puissance collective proprement dite.

Thomas Boccon-Gibod

Maître de conférences, philosophie du droit, des normes et des institutions, Université Grenoble Alpes (IPhiG). Dernières publications : T. BOCCON-GIBOD et A. MATHIEU (dir.), *Monnaie, souveraineté et démocratie*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2022 ; T. BOCCON-GIBOD et al., (dir.), *Souveraineté et néolibéralisme*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2023.

Mathilde Laporte

La modernisation de la philosophie de l'administration publique aux États-Unis Entre institution managériale et institution politique

Dans un ouvrage qu'il consacre à la philosophie de l'administration en 1958, Marshall E. Dimock, alors professeur de science politique spécialiste de la *public administration* à l'Université de New York, décrit l'administration publique comme une philosophie. Plus qu'un art, plus qu'une science, l'administration publique serait à la fois une théorie et un processus de décision, animés par un esprit singulier : elle ne serait pas seulement un ensemble de techniques ou de méthodes de décision, mais un « corps de croyances et de pratiques » permettant d'assurer une meilleure prestation de la part de l'État, une « bonne politique¹ ». Il s'agit, selon Jong S. Jun, d'orienter l'action de l'administration aux fins d'améliorer les conditions de vie des citoyens et de construire la communauté démocratique en promouvant le bien public². Cette philosophie s'est développée aux États-Unis à l'aune de l'expansion de l'Administration depuis la fin du XIX^e siècle. Ses partisans ont proposé un cadre théorique, qui construit l'identité de l'Administration publique et qui défend sa place au sein du système de gouvernement. Cette entreprise doctrinale a impliqué de procéder à un double effort³. Le premier a supposé de délimiter la discipline de la *public administration*, au sein de laquelle s'est déployée cette recherche philosophique. Le second effort a consisté à rechercher une unité parmi les principes et les concepts qui encadrent l'action administrative.

En premier lieu, l'administration est analysée par différentes disciplines reliées entre elles, au premier rang desquelles figurent le droit administratif, la *public administration* et la science politique. Historiquement, les questionnements relatifs à la philosophie de l'administration ont surtout lieu au sein de la doctrine spécialiste de la *public administration*, c'est-à-dire de la discipline académique destinée à enseigner la manière dont les politiques publiques sont concrétisées pour servir les citoyens, et dont les systèmes de gouvernance fonctionnent et interagissent, ainsi que les ressources humaines ou encore l'éthique des membres de l'Administration. La *public administration* a été dissociée des disciplines concurrentes. Cette dissociation a d'abord eu lieu à l'égard du droit administratif,

¹ M. E. DIMOCK, *A Philosophy of Administration. Toward Creative Growth*, New York, Harper & Brothers Publishers, 1958, p. 1. Dans le même sens, voir M. E. DIMOCK, « The Study of Administration », *American Political Science Review*, 1937, vol. 31, n° 1, p. 28-40, p. 29. Voir également J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », *Administrative Theory & Praxis*, 1993, vol. 15, n° 1, p. 46-51, p. 50.

² J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 50.

³ O. TEAD, « Foreword », in M. E. DIMOCK, *A Philosophy of Administration. Toward Creative Growth*, op. cit., p. VII-XI, p. VII.

qui porte *stricto sensu* sur « les règles qui encadrent directement l'activité de l'administration⁴ ». La connaissance et la compréhension de l'administration supposent d'aller au-delà de l'analyse du contrôle légal de l'administration⁵. Il faut plutôt comprendre à la fois l'esprit, mais également l'identité et la finalité du processus administratif, dans ses dimensions institutionnelles et politiques. L'administration n'est pas qu'une créature du droit qui serait enserrée par les règles juridiques. Elle est aussi un organisme dynamique qui fonctionne en partie en dehors des règles de droit posées par les branches politiques et le juge. L'émancipation de la *public administration* s'est ensuite matérialisée, plus difficilement, à l'égard de la science politique⁶. En effet, traditionnellement, la *public administration* se présente bel et bien comme une branche de la science politique⁷. Néanmoins, au fur et à mesure que la science politique a été perçue comme une science à part, la *public administration* a été perçue comme secondaire. D'abord, parce qu'elle apparaissait moins formalisée, en puisant ses méthodes et ses objets d'analyse dans différentes disciplines⁸, comme le droit constitutionnel, le droit administratif, la science politique, la science du management ou l'économie. Elle ne développait pas non plus de méthode scientifique, comme la méthode empirique, au soutien de ses conclusions : elle apparaissait tout au plus « technologique », sans bénéficier d'une qualité scientifique⁹. Ensuite, son statut subordonné a résulté du fait qu'elle s'intéresse au fonctionnement quotidien de l'administration, aux « basses affaires du gouvernement », à ses rudiments et à ses rouages, en perdant cette hauteur de vue attachée à l'étude du système politique dans son ensemble¹⁰. Cette dernière remarque fait naître un paradoxe : pourquoi choisir comme focale la *public administration* pour s'enquérir d'une philosophie de l'administration aux États-Unis, alors que cette hauteur de vue est justement ce qui est censée lui faire défaut ?

Deux justifications peuvent être ici avancées.

Cette focale se justifie en premier lieu d'un point de vue historique. Les premiers travaux fondateurs d'une philosophie de l'Administration sont rattachés à la *public administration*, quand l'on pense notamment à ceux de Woodrow Wilson¹¹. En

⁴ M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, Thèse, dirigée par D. Baranger, Université Panthéon-Assas, 2021, p. 50. Maud Michaut précise que, contrairement à la France, le droit administratif n'est pas exorbitant du droit commun aux États-Unis. Il n'est identifié comme un droit autonome qu'en raison du positionnement de la doctrine, qui identifie les règles applicables aux agences exécutives et aux agences indépendantes au niveau fédéral, pour les faire relever de leur discipline, voir *ibid.*, p. 57.

⁵ C. HARLOW, « Le droit et l'administration publique : rivalité et symbiose », *Revue internationale des sciences administratives*, 2005, n° 2, vol. 71, p. 293-310, p. 294.

⁶ D. WALDO, « Public Administration », *The Journal of Politics*, 1968, vol. 30, n° 20, p. 443-479.

⁷ M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 50.

⁸ Certains auteurs appellent ainsi à passer outre ce divorce historique entre la science politique et la *public administration*, en rappelant leur complémentarité dans l'étude du processus administratif. Sur ce point, voir par exemple M. L. WHICKER, D. OLSHFSKI et R. A. STRICKLAND, « The Troublesome Cleft : Public Administration and Political Science », *Public Administration Review*, 1993, vol. 53, n° 6, p. 531-541.

⁹ Il lui était notamment reproché de souscrire à une démarche prescriptive, qui apparaissait entrer en contradiction avec la méthode descriptive de la science politique. Sur ce point, voir D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 444-445.

¹⁰ M. L. WHICKER, D. OLSHFSKI et R. A. STRICKLAND, « The Troublesome Cleft... », art. cité, p. 532.

¹¹ W. WILSON, « The Study of Administration », *Political Science Quarterly*, 1887, vol. 2, n° 2, p. 197-222.

1887, dans son article « The Study of Administration », Wilson amorce une étude « philosophique » de l'administration, ce qui suppose selon lui de s'élever par rapport à l'étude du fonctionnement quotidien de l'administration, afin de l'éclairer par un examen « de la répartition adaptée de l'autorité constitutionnelle¹² ».

Notre focale s'explique, en deuxième lieu, par l'évolution de l'analyse conduite au sein de la *public administration*. La recherche d'une philosophie de l'administration s'y est déployée¹³ : ses partisans ont souhaité dépasser l'*a priori* selon lequel l'administration publique est un instrument apolitique de gouvernance, selon l'idéal bureaucratique de Max Weber. Ce lieu commun serait la conséquence d'une conception managériale de l'administration héritée de la fin du XIX^e siècle, qui mériterait d'être réévaluée. Ses défenseurs auraient à tort projeté d'établir, en vain, une science de l'administration, en passant trop souvent sous silence l'esprit qui anime les agents publics. Dans le domaine de la *public administration*, la doctrine est dès lors allée au-delà de l'analyse du fonctionnement concret et quotidien de l'administration, en consolidant l'étude philosophique des principes directeurs de l'action publique. Façonner une philosophie de l'administration a supposé de trouver une unité entre les principes, idées et pratiques qui gravitent autour du fonctionnement de l'administration publique. Selon Ordway Tead, qui préface l'ouvrage de Marshall Dimock, l'ambition consiste à « réduire à des termes formels une présentation systématique des principes et des concepts » pour poser une « philosophie globale » de l'administration. Les entités administratives doivent dès lors être comprises au sein d'un projet de société plus large : Pourquoi existent-elles ? Quelles sont leurs finalités ? Quels principes guident leur action ? Existe-t-il des critères pertinents pour vérifier que les décisions adoptées sont rationnelles et adaptées (*sound*)¹⁴ ? Logiquement, la doctrine américaine cherche à rassembler au sein de cette philosophie d'ensemble des éléments conflictuels : comment l'administration publique devrait-elle composer avec les buts des individus et les finalités de l'organisation et de la communauté¹⁵ ? Comment l'administration peut-elle être une institution à la fois juridique, managériale et politique ? C'est le sens de la rétrospective critique que Dwight Waldo, qui est aujourd'hui considéré comme l'un des politistes les plus influents dans le champ de la *public administration*, consacre à l'histoire de la *public*

¹² *Ibid.*, p. 213: « The study of administration, philosophically viewed, is closely connected with the study of the proper distribution of constitutional authority. To be efficient it must discover the simplest arrangements by which responsibility can be unmistakably fixed upon officials; the best way of dividing authority without hampering it, and responsibility without obscuring it. And this question of the distribution of authority, when taken into the sphere of the higher, the originating functions of government, is obviously a central constitutional question. »

¹³ Une autre évolution notable concerne le développement de méthodes scientifiques au sein de la *public administration*, pour répondre à la critique d'un déficit de scientificité. Une partie de la doctrine rattachée à la *public administration* a développé des méthodes inspirées de la science politique pour étudier le comportement des agents publics, sur ce point, voir M. L. WHICKER, D. OLSHFSKI et R. A. STRICKLAND, « The Troublesome Cleft... », art. cité, p. 533.

¹⁴ O. TEAD, « Foreword », art. cité, p. VIII : « *reducing to formal terms a systematic statement of principles and concepts looking to a total philosophy.* »

¹⁵ C'est notamment le sens du travail de Jong S. Jun, qui précise la manière dont Marshall E. Dimock a intégré des éléments polarisés au sein d'une philosophie de l'Administration, voir J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 50.

administration aux États-Unis¹⁶. Selon lui, un « ensemble de principes connexes¹⁷ » est apparu dans les premiers travaux sur la *public administration*. Parmi ces éléments, qui seront modernisés dès la fin des années 1940, figurent les thématiques habituelles de la philosophie classique de l'Administration aux États-Unis : (i) la distinction entre politique et administration ; (ii) la possibilité d'une analyse scientifique du processus administratif, de manière à déduire des principes généraux, qui guideront l'action administrative ; (iii) l'emploi du critère de l'efficacité (*efficiency*) pour assurer une pratique administrative vertueuse¹⁸ : il s'agit à la fois, chez Wilson, de mettre en place une organisation administrative hiérarchisée qui est mise en mouvement par des administrateurs formés, et d'atteindre les objectifs assignés au moindre coût, tant au niveau de l'énergie dépensée que des finances mobilisées¹⁹. Par la suite, une partie de la doctrine a souhaité unifier ces différentes composantes, en recherchant cette fois-ci plutôt l'esprit général de l'administration publique, au-delà de la conception wilsonienne d'une administration managériale. Par exemple, Hugh Heclou met au jour un noyau dur de cette philosophie, qui unifierait des éléments composites. Derrière la « pluralité de manifestations » de cet esprit (l'impartialité, l'efficacité, la rationalité, le service public, l'absence d'esprit de parti, etc.) se logerait l'exigence de *stewardship* : les agents administratifs doivent se comporter comme des intendants et prendre soin de la chose publique²⁰. Les partisans de cet éveil philosophique décèlent donc une unité parmi des principes directeurs de l'action administrative, afin de rappeler aux agents publics la philosophie qui enserme leur action. Ils ne cherchent cependant pas à bâtir à proprement parler une science car, comme nous le verrons, ils insistent sur les fondements politiques de l'action administrative²¹.

Si elle a su se consolider, cette littérature américaine reste cependant relativement secondaire dans le paysage doctrinal américain. Ce dernier est toujours dominé par une conception instrumentale et technicienne de

¹⁶ Il publie ses analyses à partir de la fin des années 1960. Voir notamment D. WALDO, « Public Administration », art. cité ; *Id.*, « Public Administration in a Time of Revolutions », *Public Administration Review*, 1968, vol. 28, n° 4, p. 362-368. Il dirige également à la même époque un ouvrage collectif consacré à la crise de la *public administration* aux États-Unis, voir *Id.*, *Public Administration in a Time of Turbulence*, Scranton, London, Toronto, Chandler Publishing Company, 1971.

¹⁷ D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 448.

¹⁸ *Ibid.*, p. 448.

¹⁹ V. OSTROM and E. OSTROM, « Public Choice : A Different Approach to the Study of Public Administration », *Public Administration Review*, 1971, vol. 31, n° 2, p. 203-216, p. 204.

²⁰ H. HECLOU, « The Spirit of Public Administration », *Political Science and Politics*, 2002, vol. 35, n° 4, p. 689-694, p. 692 : « This means a calling to take care for the wellbeing of the public household » ; p. 694 : « Stewardship of the king's household is certainly not identical with stewardship in a modern democratic society. However the spirit changes by becoming a more complete realization of what it is-not by an evolution of new species or dialectic of contradictions, but by an unfolding of inner possibilities. »

²¹ Par exemple, en 1947, Robert Dahl dénonce la doctrine du début du XX^e siècle, qui aurait entrepris de bâtir une science de l'administration, en conférant à ces principes une « validité universelle indépendante non seulement à l'égard des fins morales et politiques, mais également de la personnalité souvent non conformiste de l'individu, et de leur cadre social et culturel ». Sur ce point, voir R. DAHL, « The Science of Public Administration: Three Problems », *Public Administration Review*, 1947, vol. 7, n° 1, p. 1-11, p. 1 : « It is often implied that "principles of public administration" have a universal validity independent not only of moral and political ends, but of the frequently nonconformist personality of the individual, and the social and cultural setting as well. »

l'Administration. Ainsi, les partisans de cet éveil philosophique, qui souhaitent dépasser cette conception dominante, disent encore s'inscrire à contre-courant de cette orthodoxie. Selon la conception majoritaire, ce renouveau philosophique présente plusieurs inconvénients²². Il manquerait, d'abord, d'une base doctrinale suffisamment solide et unifiée, de sorte que cet « esprit », ce « programme » ou cette « idéologie » resterait assez largement évanescent²³. Ensuite, la dichotomie entre les faits et les valeurs aurait emporté avec elle un rétrécissement du champ d'analyse. Hugh Hecllo le dénonce : bâtir une philosophie de l'administration implique de transcender à bon sens cette distinction à vertu pédagogique. Il s'agit bien de mêler la description du réel à la construction d'un projet intellectuel, afin d'instiguer un certain esprit aux agents publics²⁴. Réalisme et idéalisme se rencontrent pour former les futurs agents publics et réformer le système administratif en place. En effet, la doctrine estime habituellement que la philosophie de l'administration suppose de ne pas présenter seulement l'administration comme un outil apolitique de gouvernance. Cette philosophie a cependant un objectif pratique : celui de former des étudiants qui se destinent à exercer diverses responsabilités au sein des administrations fédérales et étatiques, ou des grandes entreprises privées qui nouent des relations étroites avec le Gouvernement. Il s'agit de leur enseigner une éthique, de leur rappeler les lignes de conduite auxquelles ils devront se fier pour être sans cesse animés par l'esprit public, sans agir de manière mécanique et désincarnée. Ils doivent ainsi intégrer une conscience professionnelle (*self-consciousness*²⁵) et l'utiliser comme un outil pratique dans leur quotidien²⁶. Les étudiants devraient en effet, selon les partisans de cette perspective philosophique, être formés à porter un regard généraliste sur l'administration, afin d'être en mesure d'adopter des décisions quotidiennes dans des champs d'intervention variés, qui soient conformes à la philosophie de l'administration²⁷. Les étudiants doivent donc maîtriser les grands principes qui motiveront leurs actions futures, qui en seront la source d'inspiration²⁸. Ils ne doivent pas rester enfermés dans le carcan du droit administratif, qui leur enseignerait de manière réductrice que l'administration est avant tout un processus juridiquement réglé et limité. Par conséquent, cette recherche philosophique entreprend de souligner que l'administration est à la fois juridiquement réglée (conception juridique) ; technicienne et efficace pour conduire son processus de décision (conception managériale) ; et partie du corps politique, qui reste animée par l'esprit public sans exécuter mécaniquement ses fonctions de réglementation (conception politique).

Un examen de la doctrine américaine apparaît ici fertile. Premièrement, pour que germe une philosophie de l'administration, les grandes idées mentionnées dès

²² H. Hecllo répertorie ces arguments, voir H. HECLLO, « The Spirit of Public Administration », art. cité, p. 690-691.

²³ *Ibid.*, p. 690.

²⁴ *Ibid.*, p. 691 : « Modern social science has turned the methodological requirement for reliable observation into a way of shirking deeper inquiry into the human reality and slipping around the truth-value of values. » ; « But there is a problem, and the problem is that this is not the whole story. The wall of separation between fact and value is a half-truth pretending to be the whole truth of the matter, and so at its heart it is a lie. »

²⁵ O. TEAD, « Foreword », art. cité, p. VII.

²⁶ M. E. DIMOCK, *A Philosophy of Administration*, op. cit., p. 4.

²⁷ J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 50.

²⁸ H. HECLLO, « The Spirit of Public Administration », art. cité, p. 689.

la fin du XIX^e siècle ont dû être reprises et modernisées par différents auteurs. Retracer leur progression historique éclaire la manière dont la doctrine a rendu compte de la nature hybride de l'administration²⁹. Deuxièmement, la doctrine américaine a été traversée par une tension persistante : l'administration publique serait-elle seulement instrumentale, ou également une institution représentative qui œuvre à déterminer non pas seulement des moyens efficaces d'action, mais aussi les finalités collectives à poursuivre ? En un mot, sa philosophie doit-elle rendre compte d'une rationalité exclusivement instrumentale, ou mettre en lumière la contribution de l'administration à la *polity* ? Face à cette « crise d'identité », comment la philosophie de l'administration a-t-elle amorcé un dépassement de l'idée selon laquelle l'administration serait cantonnée à des « tâches managériales » et d'exécution³⁰ ?

La philosophie de l'administration compose ainsi avec le statut hybride de l'Administration. Premièrement, cette dernière incarne l'idéal du gouvernement limité. Le droit administratif participe à enserrer son action, de manière à assurer le respect de la *rule of law*³¹. Deuxièmement, la conception managériale de l'Administration insiste sur l'importance de lui octroyer une liberté d'action, pour qu'elle puisse diriger son personnel et organiser son processus décisionnel de manière à rester efficace. Troisièmement et enfin, l'Administration se voit attribuer le statut d'institution politique représentative, parce qu'elle contribue à bâtir et préserver une société pluraliste et démocratique. Ces trois représentations se mêlent historiquement. Il s'agira de présenter, dans un premier temps, les principes qui fondent la philosophie classique de l'Administration publique à partir de la fin du XIX^e siècle, philosophie qui a été un terreau fertile à l'épanouissement d'une conception managériale de l'Administration (I). Il conviendra, dans un second temps, de voir la manière dont la doctrine américaine a progressivement fragilisé cette présentation. Elle a concouru de ce fait à une modernisation de la philosophie de l'administration publique dès les années 1940, en insistant sur l'identité politique de l'administration (II).

I. LA PHILOSOPHIE CLASSIQUE : L'ADMINISTRATION MANAGÉRIALE

Entamer une étude de la philosophie de l'administration publique aux États-Unis par l'examen de l'article de Woodrow Wilson « The Study of Administration » (1887) n'a rien de surprenant. Beaucoup lui attribuent le mérite d'avoir donné naissance, aux côtés de Frank Goodnow, à l'étude de l'administration

²⁹ O. TEAD, « Foreword », art. cité, p. VIII.

³⁰ Z. YAIR, « Ne réinventons pas la roue : la recherche d'une identité pour l'administration publique », *Revue internationale des sciences administratives*, 2014, n° 4, vol. 80, p. 857-875, p. 860. Dans le même sens, Luca Mannori souligne ce « sentiment de crise récurrent qui marque encore de nos jours les vicissitudes de l'administration anglo-américaine », car celle-ci serait « dépourvue d'une base dogmatique auto-évidente », voir L. MANNORI, « Espace français, espace anglo-américain. Pour une sémantique comparée du mot "administration" à l'âge moderne », in F. GODICHEAU, M. GRENET (dir.), *Raison administrative et logiques d'empire (XVI^e-XIX^e siècle)*, Rome, École française de Rome, 2021, p. 19-33. Cette crise est également mise en lumière par Dwight Waldo, voir *infra* et par K. A. Kirwan dans les années 1970, voir K. A. KIRWAN, « The Crisis of Identity in the Study of Public Administration : Woodrow Wilson », *Polity*, 1977, vol. 9, n° 3, p. 321-343.

³¹ Sur ce point, voir M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, *op. cit.*, part. 1, p. 69 et s.

publique aux États-Unis³², qui est alors assez largement ignorée au sein des universités avant la fin du XIX^e siècle³³. Influencé par les enseignements de Richard T. Ely à l'Université Johns Hopkins, Wilson défriche le terrain alors inexploré de l'administration publique, en présentant pour la première fois dans un cadre universitaire américain l'idée selon laquelle l'Administration serait l'un des leviers pour résoudre les problèmes du gouvernement moderne³⁴. Il est également à l'origine d'un questionnement philosophique sur l'administration publique, en proposant un discours traditionnel, qui a longtemps été dominant aux États-Unis³⁵. Plusieurs principes cardinaux traversent cette philosophie classique : la distinction entre administration et politique d'une part (A) ; l'expertise comme garantie d'une décision efficace d'autre part (B). Ces deux considérations ont popularisé la représentation managériale de l'administration.

A. Administration vs Politics

Woodrow Wilson et Frank Goodnow proclament, d'abord, la scission entre administration et politique. Pour éviter que le politique envahisse le champ de l'Administration, les institutions, les fonctions et les processus de décision doivent être dissociés. Il convient ainsi de garder à distance la politique (*politics*), c'est-à-dire la vie politique qui oppose les organisations partisans. Il s'agit également de ne pas faire de l'administration l'institution première de détermination des politiques (*policies*), entendues ici comme les actions politiques concrètement entreprises³⁶. Selon la formule connue de Wilson :

Le domaine de l'administration est l'un des champs de l'entreprise. Il est extrait de l'urgence et des luttes du politique ; la plupart du temps, il se tient même à l'écart du terrain riche en débat de l'étude constitutionnelle. Il ne fait partie de la vie politique qu'à la manière dont les méthodes de comptabilité font partie de la vie en société, qu'à la manière dont les machines font partie du produit manufacturé. Mais il est, en même temps, élevé bien au-dessus du niveau insipide des détails techniques en raison du fait qu'il est, au travers de ses grands principes, directement connecté aux maximes durables de la sagesse politique, aux vérités permanentes du progrès politique³⁷.

³² En ce sens, voir notamment B. J. COOK, « At the Crossroads of the Real and the Ideal: Woodrow Wilson's Theory of Administration », *Administrative Theory & Praxis*, 1995, vol. 17, n° 2, p. 15-28, p. 15. Dans le même sens, voir L. WALKER, « Woodrow Wilson, Progressive Reform, and Public Administration », *Political Science Quarterly*, 1989, vol. 104, n° 3, p. 509-525, p. 509, p. 522.

³³ Dwight Waldo estime néanmoins qu'il faut attendre les années 1920 pour qu'apparaissent les premiers manuels spécifiquement dédiés à la *public administration*, qui soient à la fois distincts de la science politique et du droit administratif. Sur ce point, voir D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 447 et s. Il cite notamment L. D. WHITE, *Introduction to the Study of Public Administration*, New York, MacMillan Company, 1926 ; et W. F. WILLOUGHBY, *Principles of Public Administration*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1927.

³⁴ L. WALKER, « Woodrow Wilson, Progressive Reform... », art. cité, p. 516 et s.

³⁵ R. S. PAGE, « The Ideological-Philosophical Setting of American Public Administration », in D. WALDO (dir.), *Public Administration in a Time of Turbulence*, op. cit., p. 59-73, p. 62 ; J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 47-49.

³⁶ Pour cette distinction, voir notamment F. DIEU, *Introduction à la méthode de la science politique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 12-13.

³⁷ W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 209-210 : « The field of administration is a field of business. It is removed from the hurry and strife of politics; it at most points stands apart even from the debatable ground of constitutional study. It is a part of political life only as the methods of the counting-house are a part of the life of society; only as machinery

Cette distinction est importante. Elle contribuera, par la suite, à protéger l'autonomie, tant des membres de l'administration que des chercheurs dans le champ de la *public administration*. Les premiers y verront le gage de leur autonomie à l'encontre des gouvernants élus et de la politique partisane. Les seconds la percevront comme l'une des justifications de l'émancipation de la *public administration* à l'égard de la science politique³⁸. La philosophie classique de l'administration a été largement articulée autour d'elle³⁹. Deux critères alternatifs ont été employés pour la définir⁴⁰. Premièrement, cette dissociation est matérielle chez Wilson dans « *The Study of Administration* » (1887) : les institutions politiques doivent décider « ce qui est important et général » alors que l'Administration prend en charge « le secondaire et le particulier⁴¹ ». La distinction ne signifie pas que l'administration est passive :

Cela ne recouvre pas vraiment la distinction entre la Volonté et un acte formulé en réponse [à cette volonté législative], parce que l'administrateur devrait avoir et a une volonté propre lorsqu'il choisit les moyens pour accomplir son travail. Il n'est pas et ne devrait pas être un simple instrument passif. La distinction est celle entre les plans généraux et les moyens spéciaux⁴².

Deuxièmement, Frank J. Goodnow est professeur de droit administratif à l'Université de Columbia lorsqu'il complète la proposition de Wilson en 1900. Il lui préfère une distinction fonctionnelle. Il distingue la « fonction d'expression de la volonté » de l'État compris comme une entité politique, et celle consistant à « exécuter cette volonté » (qui inclut les fonctions juridictionnelle et administrative⁴³). Plus spécifiquement, le Congrès exerce la fonction législative : il définit les finalités et les caractéristiques de la communauté politique, ainsi que les

is part of the manufactured product. But it is, at the same time, raised very far above the dull level of mere technical detail by the fact that through its greater principles it is directly connected with the lasting maxims of political wisdom, the permanent truths of political progress. »

³⁸ L. WALKER, « Woodrow Wilson, Progressive Reform... », art. cité, p. 509.

³⁹ Cette distinction est au cœur de la postérité des travaux de Wilson, qui a concentré la majeure partie des critiques qui lui ont été adressées, voir par exemple le recueil en l'honneur du centième anniversaire de l'article de Wilson, voir J. RABIN and J. S. BOWMAN (dir.), *Politics and Administration: Woodrow Wilson and American Public Administration*, New York, Marcel Dekker, 1st ed., 1984.

⁴⁰ Pour une présentation de cette distinction, voir M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, op. cit., p. 570 et s.

⁴¹ *Ibid.*, p. 571. Voir également W. WILSON, « *The Study of Administration* », art. cité, p. 212 : « Public administration is detailed and systematic execution of public law. Every particular application of general law is an act of administration [...]. The general laws which direct these things to be done are as obviously outside of and above administration. The broad plans of governmental action are not administrative; the detailed execution of such plans is administrative. »

⁴² W. WILSON, « *The Study of Administration* », art. cité, p. 212 : « This is not quite the distinction between Will and answering Deed, because the administrator should have and does have a will of his own in the choice of means for accomplishing his work. He is not and ought not to be a mere passive instrument. The distinction is between general plans and special means. »

⁴³ F. J. GOODNOW, *Politics and Administration: A Study in Government*, New York, Londres, Macmillan, 1900, p. 9: « That is, the action of the state as a political entity consists either in operations necessary to the expression of its will, or in operations necessary to the execution of that will. »

grandes orientations du système. L'administration met en œuvre, concrètement, ces dernières :

il y a deux fonctions distinctes du gouvernement [...], leur différenciation résulte de la différenciation, bien que moins aboutie, des organes du gouvernement établie par le système formel de gouvernement. Ces deux fonctions du gouvernement peuvent, pour des raisons pratiques, être décrites respectivement comme Politique et Administration. Le politique a à faire avec les politiques et les expressions de la volonté de l'État. L'administration a à faire avec l'exécution de ces politiques⁴⁴.

Attribuer à l'administration une fonction d'exécution n'emporte pas non plus, chez Goodnow, son effacement. Elle se présente plutôt comme le moyen privilégié pour mettre en œuvre la volonté souveraine de l'État, en dehors des cours de justice : le droit américain habilite l'administration à limiter les droits individuels par l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁴⁵.

Cette dissociation appelle trois observations. Tout d'abord, la présentation fonctionnelle semble induire une forme de subordination de la fonction administrative à la fonction législative. Elle favorise cependant aussi une indépendance de l'administration à l'égard du législateur, dans la mesure où celui-ci ne doit pas s'immiscer dans la fonction d'exécution des lois. Celle-ci est confiée à l'administration, qui dispose d'un avantage institutionnel supplémentaire : elle est censée, nous y reviendrons, pouvoir mettre en œuvre la volonté du Congrès de manière à la fois impartiale et efficace. Ensuite, ces deux manifestations de la dichotomie administration-politique se font indéniablement écho, il s'agit de réserver au *forum* démocratique la compétence d'opérer les choix politiques et de préserver l'administration à l'égard de la politique partisane. Wilson l'admet, il ne faut pas confondre d'une part les « institutions de *policy* et de contrôle » avec, d'autre part, « les institutions de l'Administration à proprement parler » : coexisteraient dès lors les « *policy instrumentalities* » et les « *administrative instrumentalities*⁴⁶ ». Enfin, cette scission n'est évidemment pas absolue : ces instruments sont complémentaires pour servir la nation et faire vivre l'unité politique⁴⁷. Il convient ainsi de ne pas exagérer le divorce entre administration et politique au point de laisser penser, à tort, que le processus administratif serait hermétique à l'égard des exigences de la communauté. L'administration ne saurait être, ni chez Wilson ni chez Goodnow, un outil déraciné des exigences de l'ordre politique américain⁴⁸. Pour Wilson, la réglementation administrative doit ainsi

⁴⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁵ Elle reste néanmoins soumise au contrôle juridictionnel. Lorsqu'elle limite les droits individuels, la pensée juridique américaine aura tendance à considérer qu'elle exerce des fonctions proches de la fonction juridictionnelle et qu'elle devra ainsi se conformer à des garanties procédurales accrues, liées aux exigences de tout procès. Sur ce point, voir L. MANNORI, « Espace français, espace anglo-américain... », art. cité.

⁴⁶ A. LINK (dir.), *The Papers of Woodrow Wilson*, vol. 7 (1890-1892), Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1969, p. 393.

⁴⁷ Luca Mannori remarque ainsi l'influence de la pensée franco-allemande sur Wilson : ce dernier y aurait souscrit en définissant l'Administration comme le « gouvernement en action », une « puissance impérative d'ordre général » qui existe bel et bien au-delà des réticences traditionnelles de la culture anglo-américaine. Sur ce point, voir L. MANNORI, « Espace français, espace anglo-américain... », art. cité.

⁴⁸ Sur ce point, voir notamment W. WILSON, « Notes for Lectures at the Johns Hopkins », First Course, 1891-1894, in A. LINK (dir.), *The Papers of Woodrow Wilson*, vol. 7, *op. cit.*, p. 115 et s. : « Consider what Administration really is: It is the continuous and systematic carrying out in practice of all the tasks which devolve upon the State [...]. No topic in the study of government

ajuster non seulement « les moyens aux fins », mais également « la fonction gouvernementale aux conditions historiques, à la liberté⁴⁹ ». Par conséquent, le divorce entre administration et politique est nuancé. Il reste cependant primordial à l'époque, parce qu'il légitime l'administration à deux niveaux.

En premier lieu, réformer l'administration et la « purifier⁵⁰ » des influences politiques néfastes est le *leitmotiv* d'une classe politique soucieuse de mettre un terme au *spoils-system* mis en place sous la présidence Jackson⁵¹. En effet, comme l'explique Larry Kramer, après la guerre de Sécession, la réforme des échelons gouvernementaux est inscrite à l'agenda d'une partie croissante de la classe politique alors préoccupée par la moralisation de la vie publique⁵². La corruption, l'incompétence et le déficit démocratique des institutions associés à la présidence Jackson sont alors vivement critiqués par les partisans du *good government*, dans la lignée duquel s'inscrit Wilson⁵³. Les agents des administrations publiques devraient ainsi plutôt être sélectionnés selon leur mérite et au regard de leur formation professionnelle⁵⁴. La constitution d'un *civil service* davantage neutre et compétent grâce au *Pendleton Civil Service Act* (1883) en est l'une des manifestations les plus connues⁵⁵. Dans cette optique, la dichotomie entre administration et politique devient un prérequis de la réforme de l'administration et du *civil service*. Cette réforme devrait rétablir une « atmosphère morale » selon Wilson, les fonctions publiques devant être des « *public trust* », exercées de manière non partisane de façon à assurer le maintien de l'Administration en dehors de « la sphère propre de la politique⁵⁶ ». Wilson va ainsi répondre aux demandes

can stand by itself – least of all, perhaps Administration, whose part it is mirror the principles of government in operation. It is not a mere anatomy of institutions. It deals directly, indeed, and principally with the structural features and the operative organs of state life; but it at every point derives its motives and significance from the essential qualities and the vital institutions of government. It must constantly turn to these for its explanation and its sanction [...]. For legislation also, as well as Administration, may be described as the active promotion of the ends of the State ».

⁴⁹ W. WILSON, « Notes for Lectures at the Johns Hopkins », First Course, 1891-1894, in A. LINK (dir.), *The Papers of Woodrow Wilson*, vol. 7, *op. cit.*, p. 116 : « Administration, therefore, sees government in contact with the people. It rests its whole front along the line which is drawn in each State between Interference and Laissez-faire. It thus touches, directly or indirectly, the whole practical side of social endeavour. Its questions are questions of adjustment, the adjustment of means to ends, not only, but of governmental function to historical conditions, to liberty. »

⁵⁰ R. S. PAGE, « The Ideological-Philosophical Setting... », art. cité, p. 62.

⁵¹ D. STEIGERWALD, « The Synthetic Politics of Woodrow Wilson », *Journal of History of Ideas*, 1989, vol. 50, n° 3, p. 465-484, p. 468.

⁵² L. WALKER, « Woodrow Wilson, Progressive Reform... », art. cité, p. 514-516.

⁵³ W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 201 : « The poisonous atmosphere of city government, the crooked secrets of state administration, the confusion, sinecurism, and corruption ever and again discovered in the bureaux at Washington forbid us to believe that any clear conceptions of what constitutes good administration are as yet very widely current in the United States. No, American writers have hitherto taken no very important part in the advancement of this science. »

⁵⁴ D. WALDO, *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration*, London and New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, p. 48 et s.

⁵⁵ R. S. PAGE, « The Ideological-Philosophical Setting... », art. cité, p. 62.

⁵⁶ W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 210 : « Civil-service reform is thus but a moral preparation for what is to follow. It is clearing the moral atmosphere of official life by establishing the sanctity of public office as a public trust, and, by making the service

de moralisation de l'Administration, tout en lui substituant progressivement un nouvel impératif, celui de garantir l'efficacité du processus administratif⁵⁷.

En second lieu, cette entreprise de légitimation suppose d'enraciner l'Administration publique dans la culture démocratique américaine⁵⁸. En effet, si Wilson et Goodnow entreprennent de transposer la science allemande de l'administration aux États-Unis⁵⁹, Wilson rappelle l'importance d'américaniser ces expériences pour qu'elles coïncident avec l'esprit démocratique américain⁶⁰. Le système démocratique induit dès lors une double dépendance de l'administration : vis-à-vis de l'opinion publique et des branches politiques élues.

L'opinion publique doit, d'abord, pouvoir exercer un contrôle sur les agences, voire influencer le contenu de leurs décisions. Dès lors, il s'agit de faire de l'administration publique non seulement une profession éthique, mais également une activité socialement justifiée⁶¹. Cette « sensibilité à l'égard de l'opinion publique » devient, chez Wilson, un rempart face à l'arbitraire, à l'esprit de classe et au risque que se développe une technocratie opaque⁶². Cette idée restera centrale aux États-Unis. En ce sens, Marshall E. Dimock écrit en 1958 : « un test ultime d'un bon système administratif est de savoir s'il transmet un esprit et un sentiment complet de satisfaction générale⁶³. »

Wilson souscrit, ensuite, à l'idée selon laquelle l'administration doit être subordonnée à la volonté première d'institutions politiques, qui jouissent d'un crédit démocratique. Le droit qu'elle met en œuvre est en principe censé lui être à la fois extérieur et supérieur⁶⁴. Cette soumission aux branches politiques n'est pas surprenante, mais l'expérience américaine présente l'originalité de morceler ce contrôle entre le Congrès et le Président. Selon Maud Michaut, l'administration américaine ne vient pas en effet « mettre en œuvre une volonté institutionnalisée

unpartisan [...]. Most important to be observed is the truth already so much and so fortunately insisted upon by our civil-service reformers; namely, that administration lies outside the proper sphere of politics. » Le Congrès a par la suite interdit que les agents de l'Administration fédérale exercent des activités politiques, à l'exception du président et du Vice-président des États-Unis, voir sur ce point le *Hatch Act* (1939).

⁵⁷ Voir *infra*.

⁵⁸ B. J. COOK, « At the Crossroads of the Real and the Ideal... », art. cité, p. 19.

⁵⁹ Pour l'analyse de cette influence, voir R. D. MIEWALD, « The Origins of Wilson's Thoughts: The German Tradition and the Organic State », in J. RABIN and J. S. BOWMAN (dir.), *Politics and Administration...*, *op. cit.*, p. 17-30.

⁶⁰ W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 201 et s.

⁶¹ Il s'agit alors de trouver un équilibre entre un contrôle trop pointilleux et un contrôle trop distant de l'opinion publique, voir W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 215 : « Directly exercised, in the oversight of the daily details and in the choice of the daily means of government, public criticism is of course a clumsy nuisance, a rustic handling delicate machinery. But as superintending the greater forces of formative policy alike in politics and administration, public criticism is altogether safe and beneficent, altogether indispensable. Let administrative study find the best means for giving public criticism this control and for shutting it out from all other interference. »

⁶² *Ibid.*, p. 216-217: « That principle is, that administration in the United States must be at all points sensitive to public opinion. »

⁶³ M. E. DIMOCK, *A Philosophy of Administration*, *op. cit.*, p. 4: « An ultimate test of a good administrative system is whether it communicates spirit and a rounded feeling of widespread satisfaction. »

⁶⁴ W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 212.

et unifiée ; il n'y a ni hiérarchie claire, ni coordination effective⁶⁵ ». Ce contrôle est double et évolutif. D'une part, le contrôle congressionnel prend principalement la forme d'un encadrement du pouvoir discrétionnaire des agences par le biais des lois de délégation. Le contrôle présidentiel se manifeste quant à lui plutôt par le droit de nomination et de révocation des agents de l'Administration (art. II section 2 de la Constitution). Si le *Pendleton Act* a accru la proportion des agents nommés au mérite, le Président conserve toujours un large pouvoir discrétionnaire en la matière⁶⁶. En pratique, le Président a également progressivement obtenu la loyauté des hauts responsables au sein des agences grâce au contrôle de l'Office of Management and Budget (OMB), qui s'assure de la mise en œuvre de la volonté présidentielle, en étant chapeauté par l'Executive Office of the President of the United States (EOP)⁶⁷.

Cette subordination de principe a cependant paradoxalement favorisé l'autonomie et l'influence politique de l'administration. En effet, le Congrès et le Président sont devenus dépendants à son égard, du fait qu'elle est un outil disputé pour conduire la politique de chacune des branches⁶⁸. C'est la raison pour laquelle un deuxième argument est apparu central au sein de la philosophie classique de l'administration, pour consolider la distance entre l'administration et la politique partisane : l'administration doit être protégée face à l'univers politique, de manière à ce que soient préservées son expertise et son impartialité.

B. Une administration experte

Chez Frank Goodnow, la distinction politique-administration est un prérequis pour assurer que l'administration puisse exercer ses missions de manière efficace. Cet argument est partagé par la classe politique favorable au développement de l'État régulateur. Comme le note Dwight Waldo, la constitution d'une administration publique morale et honnête est progressivement apparue insuffisante pour conduire le gouvernement moderne. En complément de cette moralisation, l'expertise a dès lors été placée au centre de la philosophie de l'administration. Elle est apparue comme une condition *sine qua non* à la survie de l'État régulateur. Les agences ont été défendues parce qu'elles ont accumulé une connaissance spécialisée, qui leur permettrait de trancher efficacement les questions qui leur sont soumises. Par exemple, James Landis, administrativiste et doyen de l'école de droit de Harvard, défend l'expertise administrative à la fin des années 1930. Il fait de cette dernière l'un des grands piliers qui justifie la centralité de l'administration publique dans le système de gouvernement. Les agences fédérales sont ainsi appelées à réguler la sphère économique, en conciliant les impératifs publics et les bienfaits de la libre concurrence⁶⁹. L'expertise des agences

⁶⁵ M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, op. cit., p. 567.

⁶⁶ Maud Michaut remarque ainsi que ce pouvoir demeure étendu : le Président nomme discrétionnairement les directeurs des agences, mais aussi la plupart de ses subordonnés immédiats, ainsi que des agents relevant de catégorie intermédiaire. Sur ce point, voir *ibid.*, p. 599 et s. Sur la question plus générale du contrôle politique de l'Administration, voir *ibid.*, p. 573 et s.

⁶⁷ É. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel*, Paris, Dalloz, 2011, p. 288 et s.

⁶⁸ M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, op. cit., p. 570.

⁶⁹ J. M. LANDIS, *The Administrative Process*, New Haven, Yale University Press, 1938, p. 23-24, p. 14. Selon Wilson, dans *The Congressional Government. A Study in American Politics*, 1885, le Congrès en aurait été incapable, voir É. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel*, op. cit., p. 188 et s.

contribue à les extraire des luttes et des contingences politiques, pour qu'elles répondent de manière adaptée aux besoins sociaux⁷⁰. C'est la raison pour laquelle le Congrès est appelé à confier aux agences le soin de déterminer et de mettre en œuvre des *public policies*. L'idéal de la délibération démocratique pour construire les politiques publiques serait mis de côté, au profit du processus administratif, qui serait rationnel et en mesure de conduire à l'adoption de mesures politiques pertinentes. Le Congrès ne peut pas avoir un monopole sur l'élaboration des politiques publiques : il n'est ni omniscient ni expert et peut être paralysé par la lourdeur de la procédure législative⁷¹. Dans ce cadre, l'expertise est assurée, chez Goodnow, par le développement de la méritocratie du personnel administratif. En effet, l'Administration est rendue indispensable grâce à son expertise⁷². Or, pour Goodnow, cette dernière ne peut s'acquérir que sur un temps long. Elle risquerait d'être fragilisée par une politisation de la fonction publique⁷³.

Goodnow va plus loin. Il fait de l'expertise un argument pour renforcer l'autonomie des agences. Cet objectif implique de soustraire certaines des missions de l'administration au contrôle politique⁷⁴ : celles qui ne seraient pas de nature politique parce qu'elles seraient éloignées de « l'expression de la volonté de l'État ». Par exemple, lorsque l'administration reste impartiale dans ses relations avec les administrés, qu'elle structure son organisation pour demeurer efficace ou qu'elle collecte les données et les informations pour élaborer sa décision, elle n'exerce pas de fonction politique à proprement parler⁷⁵. Elle doit donc disposer d'une latitude d'action. Dans ces matières, deux principes directeurs doivent s'appliquer. Premièrement, le contrôle administratif (le pouvoir disciplinaire, le

⁷⁰ Les travaux de Felix Frankfurter illustrent bien cette idée populaire dans les années 1930, voir par exemple F. FRANKFURTER, *The Public and Its Government*, New Haven, Yale University Press, London, Oxford University Press, 1930, p. 88-89.

⁷¹ William Mayton affirme ainsi que les *New Dealers* ont vu les délégations aux agences comme le moyen de se délester des coûts et des contrôles associés à l'élaboration de la loi en application de l'article I de la Constitution fédérale. Sur ce point, voir W. T. MAYTON, « The Possibilities of Collective Choice: Arrow's Theorem, Article I, and the Delegation of Legislative Power to Administrative Agencies », *Collective Choice*, 1986, n° 6, p. 948-969, p. 959-960, p. 949 : « In this context, transferring legislative power to administrative agencies has straightforwardly been seen as a trade-off of democratic values for the rationality and decisiveness of agencies. »

⁷² D. WALDO, *The Administrative State*, *op. cit.*, p. 49.

⁷³ Frank Goodnow explique qu'il faut s'assurer que les membres des Administrations ne soient pas révoqués facilement, de manière à préserver leur expertise qu'ils tirent de leur expérience professionnelle durable. Sur ce point, voir F. J. GOODNOW, *Politics and Administration...*, *op. cit.*, p. 87 : « The governmental authorities intrusted with the discharge of administrative function should not only, like judges, be free from the influence of politics; they should also [...] have considerable permanence of tenure [...] because the excellence of their work is often conditioned by the fact that they are expert, and expertness comes largely from long practice. »

⁷⁴ Évidemment, Frank Goodnow ne défend pas une absence de contrôle de l'action administrative. Celui-ci demeure nécessaire, afin d'assurer que l'action administrative qui est devenue primordiale soit non seulement efficace et raisonnée, mais également respectueuse des droits individuels. Sur ce point, voir F. GOODNOW, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, New York and London, The Knickerbocker Press 1905, p. 367-369.

⁷⁵ F. J. GOODNOW, *Politics and Administration...*, *op. cit.*, p. 85-86 : « it embraces fields of semi-scientific, quasi-judicial and quasi-business or commercial activity – work which has little if any influence on the expression of the true state will. » Il poursuit : « Such a force should be free from the influence of politics because of the fact that their mission is the exercise of foresight and discretion, the pursuit of truth, the gathering of information, the maintenance of a strictly impartial attitude toward the individuals with whom they have dealings, and the provision of the most efficient possible administrative organization. »

pouvoir de direction et de contrôle que les agents hiérarchiquement supérieurs exercent à l'encontre des agents inférieurs) doit prévaloir⁷⁶. Deuxièmement, l'administration peut se structurer en interne, afin d'adopter une organisation et des principes hérités du management pour garantir l'efficacité de son action. L'administration peut se comporter ici librement à la manière d'une entreprise : le contrôle du budget, la planification, le calcul coût-avantage ou la gestion des ressources humaines deviennent des leviers d'action pour assurer cette efficacité⁷⁷. La conception managériale de l'administration prend ainsi forme dans ces écrits du début du XX^e siècle : ses partisans souhaitent alors, selon Dwight Waldo, « apporter au système américain de gouvernement une partie de l'esprit économique et d'efficacité de l'entreprise⁷⁸ ». Cette conception traditionnelle a supposé de libérer l'administration d'un carcan juridique, pour assurer son dynamisme⁷⁹. Dans la culture américaine, efficacité et expertise sont liées : les agences expertes doivent conserver une marge de manœuvre pour conduire efficacement le processus administratif. Cette efficacité est primordiale : elle participe à la légitimité de l'action administrative aux yeux de l'opinion publique⁸⁰. Dès lors, l'expertise sert d'argument pour limiter l'intrusion du juge ou du Congrès.

L'argument de l'expertise est récurrent dans le discours juridique traditionnel sur l'administration publique. Juridiquement, l'expertise des agences administratives renforce leur pouvoir discrétionnaire et élargit leur champ de compétences au cours de la première moitié du XX^e siècle. Elle justifie que le juge exerce un contrôle restreint à leur encontre, au risque sinon de mettre à mal l'efficacité du processus administratif⁸¹. L'expertise apparaît, d'abord, comme l'un des arguments avancés par la Cour suprême pour admettre la constitutionnalité de la presque totalité des lois de délégation dont elle a eu à contrôler la constitutionnalité⁸². Elle a systématiquement jugé que la condition requise – qu'il existe un principe intelligible pour guider l'agence et canaliser son pouvoir discrétionnaire⁸³ – était remplie. L'expertise a fait partie des arguments en faveur

⁷⁶ F. J. GOODNOW, *The Principles of the Administrative Law of the United States*, op. cit., p. 373-376.

⁷⁷ J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 47.

⁷⁸ D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 448. Dans le même sens, voir A. LINK (dir.), *The Papers of Woodrow Wilson*, vol. 7, op. cit., p. 396 : Wilson estime que le versant politique du gouvernement serait le « *side of choice* » et le versant administratif du gouvernement serait le « *side of business* ».

⁷⁹ C. HARLOW, « Le droit et l'administration publique... », art. cité, p. 298 ; Z. YAIR, « Ne réinventons pas la roue... », art. cité, p. 864.

⁸⁰ B. J. COOK, « At the Crossroads of the Real and the Ideal... », art. cité, p. 19.

⁸¹ F. Goodnow fait typiquement ce lien entre le contrôle restreint du juge et la sauvegarde de l'efficacité du processus administratif, voir F. J. GOODNOW, *Social Reform and the Constitution*, New York, The MacMillan Company, 1911, p. 230.

⁸² Sur ce point, voir M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, op. cit., p. 108 et s. La Cour n'a censuré pour inconstitutionnalité que deux lois de délégation, dans les arrêts *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) et *A. L. A. Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁸³ Il ne faut en effet pas que le pouvoir délégué soit « véritablement législatif » : l'agence doit donc appliquer des règles préexistantes à des cas particuliers, en suivant un standard de comportement défini par le Congrès. Sur ce point, voir É. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel*, op. cit., p. 247. Cet encadrement n'interdit évidemment pas de déléguer un pouvoir discrétionnaire aux agences, afin qu'elles s'associent au Congrès pour interpréter la loi et la compléter pour les détails pratiques d'application, voir *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States* (1928).

d'une plus grande liberté accordée tant au Congrès (pour déléguer assez largement des compétences aux agences) qu'aux agences (pour déterminer et conduire les politiques publiques qu'elles estiment adaptées). L'expertise justifie le pouvoir discrétionnaire des agences à deux niveaux. D'une part, elle est un gage de qualité de la décision adoptée. D'autre part, l'expertise est censée canaliser le pouvoir discrétionnaire, dans la mesure où elle garantit que l'agence va fidèlement mettre en œuvre la loi. En effet, même si les critères ou les principes que le Congrès a dégagés dans la loi de délégation pour orienter l'action de l'agence peuvent être imprécis, l'expertise de l'agence lui permettrait de réaliser le projet du Congrès sans difficulté. Selon les mots de la Cour dans l'arrêt *Adkins* (1940) : « Il est certain que, entre les mains d'experts, les critères que le Congrès a fournis sont tout à fait adéquats pour réaliser la politique générale et l'objectif de la loi⁸⁴. »

L'expertise des agences est, ensuite, l'une des motivations du contrôle minimal exercé par les juridictions sur les décisions des agences. Par exemple, dans la décision *Crowell v. Benson* (1932), le juge Hughes affirme, au nom de la majorité, que la résolution des questions de fait par les agences s'impose en principe au juge : « [e]n juger autrement équivaldrait à faire échec au but évident de la loi, celui d'offrir une méthode rapide, continue, experte et peu onéreuse pour résoudre des ensembles de questions de fait, qui sont particulièrement adaptées pour être examinées et résolues par une agence administrative spécialement assignée à cette tâche⁸⁵. » Historiquement, les questions de faits relèvent donc *a priori* des administrations expertes : leurs décisions sont sur ce point soumises à un contrôle minimal de rationalité. Le juge respecte leur décision si cette dernière est l'une des conclusions rationnelles possibles⁸⁶. La Cour suprême a dès lors contribué à façonner, aux côtés de Wilson, Goodnow ou Landis, l'idée selon laquelle l'administration serait experte, de sorte qu'il conviendrait de lui octroyer une liberté dans la conduite du processus administratif.

⁸⁴ *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 381 (1940), p. 398-399 : « Certainly, in the hands of experts, the criteria which Congress has supplied are wholly adequate for carrying out the general policy and purpose of the Act. To require more would be to insist on a degree of exactitude which not only lacks legal necessity, but which does not comport with the requirements of the administrative process. Delegation by Congress has long been recognized as necessary in order that the exertion of legislative power does not become a futility. » ; « Il est certain que, entre les mains d'experts, les critères que le Congrès a fournis sont tout à fait adéquats pour réaliser la politique générale et l'objectif de la loi. Exiger davantage reviendrait à demander un degré d'exactitude qui, non seulement n'est pas juridiquement nécessaire, mais qui ne convient pas non plus aux exigences du processus administratif. La délégation de pouvoir par le Congrès a depuis longtemps été reconnue comme nécessaire pour que l'exercice du pouvoir législatif ne devienne pas futile. », Trad. M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 111-112.

⁸⁵ *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932), p. 46 : « To hold otherwise would be to defeat the obvious purpose of the legislation to furnish a prompt, continuous, expert, and inexpensive method for dealing with a class of questions of fact which are peculiarly suited to examination and determination by an administrative agency specially assigned to that task. »

⁸⁶ Ce contrôle a été progressivement renforcé, voir M. LAPORTE, *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du legal process*, Paris, IFJD, LGDJ, vol. 219, 2022, p. 386-392. L'expertise a également joué un rôle dans la modulation du contrôle juridictionnel concernant les questions de droit, c'est-à-dire le contrôle de l'interprétation par l'agence du droit qui lui est applicable (par exemple, de la loi d'habilitation ou du règlement émis par l'agence quant à son fonctionnement interne). Les arrêts importants ici sont les arrêts *Skidmore, et al. v. Swift & Company*, 323 U.S. 134 (1944) et *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. et al.*, 467 U.S. 837 (1984). Sur ce point, voir *ibid.*, p. 552-556.

Pour conclure, cette philosophie classique met en lumière certains traits caractéristiques de l'administration publique : elle poursuit les objectifs de désintéressement, de professionnalisme, d'indépendance, d'efficacité, de rationalité scientifique, ou encore de détachement face à la politique partisane. Pourtant, cette confiance dans les vertus du processus administratif s'érode dès la fin des années 1940. James Landis, qui avait pourtant été l'un des grands défenseurs de l'expertise administrative, mettra en perspective ces « légendes » au début des années 1960. L'expertise, l'indépendance, la réduction des frais liés à la résolution des litiges et le gain de temps dans le traitement des cas seraient les quatre légendes, qui ont accompagné l'épanouissement de l'administration aux États-Unis⁸⁷. Ces éléments auraient contribué à façonner une philosophie *normative* de l'administration, sans qu'ils ne soient entièrement pertinents pour décrire le fonctionnement réel du processus administratif. Ce regard réaliste est au cœur de la modernisation de la philosophie de l'administration publique.

I. UNE PHILOSOPHIE MODERNISÉE : VERS UNE ADMINISTRATION POLITIQUE

Le cœur de la critique réside dans l'inadéquation de la distinction administration-politique⁸⁸. Cette distinction aurait été au cœur d'une philosophie normative de l'administration. Elle a présenté un intérêt historique pour consolider la place des agences dans le système de gouvernement. Elle n'est cependant plus pertinente. Les justifications traditionnelles apparaissent « extrêmement superficielles » au point de ne plus emporter l'adhésion de la doctrine majoritaire⁸⁹, qui a entrepris de moderniser les fondements théoriques de l'administration publique. La modernisation de la philosophie de l'administration ne signifie pas que les composantes du discours traditionnel ont été abandonnées⁹⁰. Des idées et des représentations concurrentes ont été incluses dans cette philosophie américaine de l'administration publique. Cette déstabilisation de l'orthodoxie a pris différentes formes⁹¹. D'une part, la théorie du choix public a fait peser un doute durable sur la possibilité, pour l'administration, d'adopter des décisions rationnelles qui soient adoptées à la suite d'un processus scientifique. Ce dernier

⁸⁷ J. M. LANDIS, « The Administrative Process : The Third Decade », *American Bar Association Journal*, 1961, vol. 47, n° 2, p. 135-139, p. 136 et s.

⁸⁸ R. S. PAGE, « The Ideological-Philosophical Setting... », art. cité, p. 63-64 : l'Administration publique serait entrée dans une période de turbulence dans les années 1970, car les administrateurs continueraient à exercer des fonctions politiques de manière dissimulée en proclamant leurs compétences techniques ; pendant que la doctrine aurait été impuissante à proposer un autre cadre analytique. Dans le même sens, voir J. H. SVARA, « The Myth of the Dichotomy : Complementary of Politics and Administration in the Past and Future of Public Administration », *Public Administration Review*, 2001, vol. 61, n° 2, p. 176-183.

⁸⁹ Z. YAIR, « Ne réinventons pas la roue... », art. cité, p. 859.

⁹⁰ Maud Michaut affirme ainsi qu'une partie de la doctrine insiste toujours sur l'importance des « valeurs » technocratiques liées à l'expertise administrative, dans la lignée de Wilson et Goodnow, comme S. BREYER, *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1993. Sur ce point, voir M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, op. cit., p. 571. De la même manière, l'impératif de contrôler les coûts, de mettre en place des procédures financières et de mettre en œuvre des principes managériaux demeurent d'actualité aux États-Unis, voir le constat que fait déjà Dwight Waldo sur ce point à la fin des années 1960, voir D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 474 et s.

⁹¹ Pour le détail, voir J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 47.

serait illusoire et impossible à mettre en œuvre. Les principes classiques seraient irréalistes, de sorte que la dichotomie administration-politique ne rend pas compte de la réalité (A). D'autre part, une partie de la doctrine a insisté sur la dimension « politique » de l'administration publique. Cette fois-ci, il ne s'agit pas de dénoncer le caractère irréaliste de la dichotomie, mais de souligner qu'elle ne devrait même pas faire partie d'une philosophie normative de l'administration : l'administration publique n'est pas et ne devrait pas être synonyme de bureaucratie. Elle est au contraire une institution politique et représentative, de sorte que la philosophie classique est anormalement étriquée (B).

A. Une philosophie classique irréaliste

Un premier mouvement critique souligne le caractère irréaliste des principes structurant la philosophie classique de l'administration. Cette dernière aurait véhiculé, selon Herbert Simon, des « proverbes⁹² », des représentations à la fois idéalisées et contradictoires de la réalité : les administrateurs stratèges pourraient justifier n'importe quel comportement en se référant à l'un ou l'autre de ces principes classiques, qui entrent en conflit les uns avec les autres⁹³. Ces derniers méritent ainsi d'être dépassés afin de réformer le système de manière réaliste⁹⁴. L'article que le politiste Robert Dahl consacre aux faiblesses de la science de l'administration publique en 1947⁹⁵ est également référencé comme un tournant majeur. Dahl y dénonce les faiblesses structurelles de la proposition classique. La perspective instrumentale, née de l'image d'une administration managériale, aurait dissimulé les valeurs politiques omniprésentes au sein de l'administration ainsi que les biais personnels des membres qui la composent, en souscrivant hâtivement à « l'image unique d'un administrateur logique et rationnel⁹⁶ ». Ce dernier argument a ensuite été très largement repris par les partisans du *public choice*, qui ont « révolutionné » l'étude de « l'*homo politicus* » à partir des années 1950⁹⁷.

La théorie du choix public se développe à partir de la seconde moitié du XX^e siècle sur la base des travaux de Duncan Black, Anthony Downs et Kenneth Arrow, avant d'être approfondie notamment par James Buchanan et Gordon Tullock⁹⁸. Ils appliquent les principes issus de la science économique à la

⁹² C'est ici l'expression de Herbert A. Simon dans l'ouvrage qu'il consacre aux organisations administratives en 1947, et dans lequel il dénonce un manque de perfectionnement de la science de l'Administration : ces principes classiques seraient contradictoires, sans qu'une philosophie établie permette d'arbitrer entre eux. Voir H. A. SIMON, *Administrative Behavior : A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*, New York, The Free Press, 1945. Voir également la présentation critique de D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 450-452.

⁹³ V. OSTROM and E. OSTROM, « Public Choice... », art. cité, p. 204.

⁹⁴ Certains partisans du *public choice*, comme James Buchanan, aspirent à réformer les processus de décision, pour que la poursuite des intérêts individuels soit harmonieuse avec l'intérêt général, voir J. GWARTNEY and R. E. WAGNER, « The Public Choice Revolution », *The Intercollegiate Review*, 1988, vol. 23, n° 2, p. 17-26, p. 19.

⁹⁵ R. DAHL, « The Science of Public Administration », art. cité.

⁹⁶ D. WALDO, « Public Administration », art. cité, p. 449 : « *simple logical-rational Administrative Man* ».

⁹⁷ W. F. SHUGHART II and R. D. TOLLISON, « Public Choice in the New Century », *Public Choice*, 2005, vol. 124, n° 1/2, p. 1-18, p. 1.

⁹⁸ À l'occasion du cinquantième anniversaire de la naissance du *public choice*, William F. Shughart II et Robert D. Tollison dressent la liste de ces fondateurs : Duncan Black, Anthony Downs, Kenneth Arrow, James Buchanan, Gordon Tullock, Mancur Olson, William Riker et William Niskanen ; voir sur ce point W. F. SHUGHART II and R. D. TOLLISON,

sphère publique, afin de rendre compte de la réalité de la prise de décision collective, qu'elle soit l'œuvre du législateur ou de l'administration⁹⁹. Ils dénoncent l'image d'institutions désintéressées, qui seraient capables, dans les conditions actuelles, de poursuivre le bien commun. Selon eux, les individus sont plutôt mus par leurs intérêts personnels, qu'ils agissent dans la sphère privée ou au sein des institutions publiques. Cette présentation du comportement humain a des conséquences sur les modalités de la délibération publique : comme le marché économique, le marché politique fonctionne selon les arbitrages entre les intérêts particuliers des individus et des groupes égoïstes¹⁰⁰. Lorsque la critique du *public choice* est adressée au Congrès, elle met à mal la conception classique du mandat représentatif : la délibération pluraliste conduite par des représentants indépendants ne suffirait pas à dégager l'intérêt public¹⁰¹. Cette critique se répercute également sur les agences¹⁰², de manière à la fois indirecte et directe.

De manière indirecte, d'abord, les agences sont exposées à cette critique en raison des lois de délégation qui les relient au Congrès¹⁰³. Les membres du Congrès emploieraient les lois de délégation à des fins stratégiques, dans l'objectif de défendre leurs intérêts personnels¹⁰⁴. Un argument fréquemment mentionné consiste à affirmer qu'ils souhaiteraient faire reposer la charge de la prise de décision sur les agences, de manière à ne pas avoir à assumer une mesure impopulaire en vue de leur réélection¹⁰⁵. Dès lors, l'argument traditionnel des penseurs du *New Deal*, qui consistait à délaisser la délibération démocratique au Congrès pour favoriser l'expertise et l'impartialité des agences n'a plus lieu d'être. En effet, ces qualités de l'agence – à supposer qu'elles existent – ne sont pas la motivation des lois de délégation. Il n'est donc pas certain que la réglementation

« Public Choice in the New Century », art. cité, p. 1. Pour une présentation générale et critique du *public choice*, voir J. L. MASHAW, *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven and London, Yale University Press, 1997.

⁹⁹ W. ESKRIDGE Jr. and P. FRICKEY, « Legislation Scholarship and Pedagogy in the Post Legal Process Era », *University of Pittsburgh Law Review*, 1986-1987, vol. 48, p. 691-731, p. 701 ; J. GWARTNEY and R. E. WAGNER, « The Public Choice Revolution », art. cité, p. 17 et s. Les théoriciens du *public choice* s'inscrivent par exemple dans la lignée des travaux de Adam Smith, qui a affirmé que les individus étaient surtout *self-interested*, voir G. TULLOCK, « The Theory of Public Choice », in G. TULLOCK, A. SELDON and G. L. BRADY (dir.), *Government Failure. A Primer in Public Choice*, Washington DC, Cato Institute, 2002, p. 1-79, p. 4.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 9-10. En ce sens, Daniel Farber estime que le « pluralisme grossier » (« *vulgar pluralism* ») est l'une des composantes du discours du choix public, voir D. A. FARBER, « Democracy and Disgust: Reflections on Public Choice », *Chicago-Kent Law Review*, 1989, vol. 65, n° 1, p. 161-176, p. 163 : « political process as an arena of pure greed, in which self-interested voters, self-aggrandizing politicians, and self-seeking interest groups meet to do business. »

¹⁰¹ Pour la présentation du mandat représentatif, voir B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2019.

¹⁰² Pour l'exemple d'une application du *public choice* à l'Administration publique, voir V. OSTROM and E. OSTROM, « Public Choice : A Different Approach to the Study of Public Administration », *Public Administration Review*, 1971, vol. 31, n° 2, p. 203-216, art. cité.

¹⁰³ C'est la démarche entreprise par P. H. ARANSON, E. GELLHORN, G. O. ROBINSON, « A Theory of Legislative Delegation », *Cornell Law Review*, vol. 68, n° 1, 1982, p. 1-67.

¹⁰⁴ M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 127 et s.

¹⁰⁵ D. SCHOENBROD, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven, Yale University Press, 1993, p. 10 ; P. H. ARANSON, E. GELLHORN, G. O. ROBINSON, « A Theory of Legislative Delegation », art. cité.

étatique soit ici la solution adaptée pour réguler la sphère économique, de sorte que l'État administratif mériterait d'être affaibli.

Ensuite, la critique du *public choice* atteint les agences de manière plus directe, lorsque le processus administratif est lui-même analysé. Selon la critique, les administrateurs ne sont pas désintéressés, rationnels et impartiaux : ils décident en fonction de leurs intérêts personnels, d'abord, et de la force de persuasion des groupes d'intérêts, ensuite. En premier lieu, la poursuite d'intérêts personnels modifie la perception des principes qui fondaient la philosophie classique de l'administration. Par exemple, la façade d'une réglementation adoptée en conformité avec l'intérêt public se fissurerait au regard de la poursuite d'intérêts personnels par les agents (*self-interest*). Ces derniers chercheraient à maximiser la satisfaction de leurs intérêts personnels (*i.e.*, leur richesse, leur pouvoir, etc.) sans que ce comportement produise un intérêt supérieur pour la communauté. Pourtant, cette première critique n'ébranle que partiellement la philosophie classique, dans la mesure où elle est excessivement réductrice. Si elle souligne à juste titre le caractère incomplet de la proposition classique, elle n'est pas une explication univoque des motivations personnelles des agents. Ces derniers peuvent également orienter leurs comportements en fonction, par exemple, de l'estime qu'ils portent à leur profession ou de considérations altruistes¹⁰⁶. Par conséquent, la formation des administrateurs selon l'esprit de désintéressement et d'impartialité reste importante, pour exercer une influence sur l'appréciation, par chaque agent, de ses objectifs et de ses intérêts personnels. En second lieu, les *lobbies* et les groupes d'intérêts ont accès au processus administratif. Le processus administratif est pluraliste¹⁰⁷ et politisé : en y participant, les groupes luttent pour obtenir le bénéfice d'une réglementation ou pour ne pas y être soumis (*rent seeking*¹⁰⁸). Le processus administratif devient le théâtre de l'affrontement entre des intérêts économiques concurrents. Cette participation des groupes fragilise partiellement les arguments classiques du *New Deal*. D'une part, l'administration ne resterait pas neutre : elle pourrait faire l'objet d'une « capture » par les entreprises régulées. Celles-ci auraient réussi, dans cette hypothèse, à faire de leur intérêt privé la norme d'élaboration de la décision administrative. Les entreprises réussiraient, de surcroît, à mettre en échec l'application des lois en entravant le fonctionnement régulier des agences¹⁰⁹. Dès lors, les agences deviennent une source d'information biaisée pour le Congrès¹¹⁰. Elles n'analysent pas non plus les données qu'elles collectent de

¹⁰⁶ Pour la diversité des motivations personnelles reconnues par la doctrine économique en la matière, voir M. V. SPICER, « A Public Choice Approach to Motivating People in Bureaucratic Organizations », *The Academy of Management Review*, 1985, vol. 10, n° 3, p. 518-526, p. 519.

¹⁰⁷ Pour la participation des individus et des groupes à l'élaboration de la réglementation pour les agences administratives, voir M. LAPORTE, *La distinction public-privé aux États-Unis...*, *op. cit.*, p. 454-458.

¹⁰⁸ Selon James Buchanan, le *rent-seeking* (qu'il oppose au *profit seeking*) serait une mauvaise allocation des ressources disponibles, car les groupes dépenseraient de manière non productive des ressources, générant ainsi une perte sociale (*social waste*) plutôt qu'un gain social (*social surplus*). Sur ce point, voir J. BUCHANAN, « Rent Seeking and Profit Seeking » in J. M. BUCHANAN, R. D. TOLLISON and G. TULLOCK (dir.), *Toward a Theory of the Rent Seeking Society*, College Station: Texas A&M University Press, 1980 ; R. TOLLISON, « Rent Seeking: A Survey. », *Kyklos*, 1982, p. 575-602. Voir également pour la présentation générale de cette idée, B. L. BENSON, « Rent Seeking from a Property Right Perspective », *Southern Economic Journal*, 1984, vol. 51, n° 2, p. 388-400, p. 388-389.

¹⁰⁹ M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, *op. cit.*, p. 298 et s.

¹¹⁰ J. GWARTNEY and R. E. WAGNER, « The Public Choice Revolution », art. cité, p. 22-23.

manière désintéressée pour mettre en œuvre une politique publique efficace. D'autre part, et par conséquent, les agences exposent leurs décisions à la critique de leur caractère anti démocratique : l'influence des groupes d'intérêts sur la réglementation administrative témoignerait d'une émancipation de l'agence face à la loi, alors que cette dépendance historique était le gage de la conciliation entre la réglementation administrative et les exigences démocratiques.

Cette critique s'est prolongée dans l'application du théorème de Kenneth Arrow à l'Administration¹¹¹. Dans les années 1950, Kenneth Arrow entreprend de poser les conditions dans lesquelles un système de décision collective peut prétendre mener à l'adoption de décisions cohérentes (*consistent*) et rationnelles. Dans cette liste, se trouvent notamment la « condition d'absence de restriction » (les individus sont libres de choisir l'option souhaitée), la « condition d'absence de dictateur » et la « condition de Pareto » (si une option a fait l'objet d'une unanimité entre les individus, elle doit devenir la décision collective)¹¹². Arrow conclut qu'aucun processus de décision ne peut atteindre cet idéal, de sorte qu'un choix collectif rationnel serait impossible. Aux États-Unis, la proposition de Kenneth Arrow est utilisée pour prouver, scientifiquement, que les agences ne peuvent pas adopter de décision collective rationnelle, car elles décident à la majorité¹¹³.

Si le théorème d'Arrow a fait l'objet d'une littérature abondante et parfois critique, son application à l'administration publique révèle que la doctrine américaine a ébranlé les fondements du discours managérial sur l'Administration hérité du *New Deal*. La modernisation de la philosophie de l'administration publique a donc dû tenir compte de ce tournant critique, pour préserver un intérêt pour la formation du personnel administratif. Dans ce cadre, la distinction administration-politique perd en pertinence analytique : le manque de compétence technique de l'administration et les failles du contrôle exercé sur la bureaucratie apparaissent comme autant de manifestations d'un pouvoir discrétionnaire débridé, qui l'autoriserait à déterminer librement ce qu'exigerait l'intérêt public¹¹⁴. Ce pouvoir politique a ainsi été placé au centre du renouveau de la philosophie de l'administration : il mériterait, selon une partie de la doctrine, d'être inséré explicitement dans cette philosophie, qui se serait à tort concentrée sur la nature instrumentale de l'administration. Cette modernisation a ainsi dénoncé le caractère étriqué de la philosophie classique.

¹¹¹ K. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, 2^e éd., 1963. Pour une application critique de ce théorème à l'administration publique, voir W. T. MAYTON, « The Possibilities of Collective Choice... », art. cité.

¹¹² Pour une présentation en langue française de ce théorème, voir notamment M. MARTIN et V. MERLIN, « Les apports de la théorie du choix social pour l'analyse de la démocratie », *Cahiers d'économie politique*, 2004, vol. 2, n° 47, p. 53-68, p. 56 et s.

¹¹³ C'est le sens de l'étude menée par W. Mayton, voir W. T. MAYTON, « The Possibilities of Collective Choice... », art. cité, p. 961-963.

¹¹⁴ T. DEMIR, « Politics and Administration: Three Schools, Three Approaches, and Three Suggestions », *Administrative Theory & Praxis*, 2009, vol. 31, n° 4, p. 503-532, p. 512.

B. Une philosophie classique étriquée

Progressivement, la doctrine américaine a souligné le caractère réducteur de la philosophie de l'Administration héritée de Wilson, en dénonçant à nouveau le manque de pertinence de la dichotomie administration-politique¹¹⁵. Si Wilson a entrevu la connexion indispensable entre l'Administration publique et l'opinion publique¹¹⁶, force est de constater qu'il a ouvert la voie à un discours managérial sur l'Administration¹¹⁷. Ce discours aurait à tort relégué au second plan une réflexion philosophique d'ampleur¹¹⁸. L'approche scientifique de l'administration aurait en effet popularisé un discours technicien et instrumental sur la bureaucratie, sans faire vivre l'esprit politique de l'administration publique¹¹⁹. La bureaucratie aurait été centrale pour la *public administration*, alors qu'elle ne serait que la structure, la machine administrative en action, qui n'engloberait pas complètement ce qu'est l'administration publique¹²⁰. Le renouveau de la réflexion philosophique sur l'administration a dès lors supposé d'abandonner l'idée selon laquelle l'administration serait un instrument apolitique de gouvernance. Les travaux de Brian J. Cook sont ici centraux. Selon lui, l'administration ne poursuit pas uniquement une rationalité instrumentale, mais également une rationalité « *constitutive* » : elle participe activement à la *polity* démocratique, en fondant une bonne société¹²¹.

Aux États-Unis, la nature politique de l'administration publique est souvent révélée en réévaluant la relation moyens-fins. En effet, traditionnellement, la présentation instrumentale de l'administration a deux conséquences. D'une part, l'administration est présentée comme un moyen, parmi d'autres, pour atteindre une finalité. Il serait donc possible d'arbitrer librement entre les processus décisionnels disponibles, pour atteindre les objectifs fixés de manière efficace. La nature du processus est indifférente (qu'il soit public ou privé ; législatif, administratif ou juridictionnel). L'administration est ainsi présentée comme un outil apolitique pour élaborer et mettre en œuvre la régulation économique¹²². Aux États-Unis, cette proposition est liée à l'analyse économique du droit, qui nie la nature politique des processus de décision. Ses défenseurs optent pour le processus le plus efficace selon les coûts de transaction associés à la prise de décision (les coûts associés à la recherche d'information, à la négociation ou à l'exécution¹²³). D'autre part, l'administration pourrait, toujours selon cette perspective

¹¹⁵ T. DEMIR, « Politics and Administration... », art. cité, p. 512.

¹¹⁶ W. WILSON, « The Study of Administration », art. cité, p. 209-210.

¹¹⁷ B. J. COOK, « At the Crossroads of the Real and the Ideal... », art. cité, p. 19 et s. ; H. G. FREDERICKSON, « The Recovery of Civism in Public Administration », *Public Administration Review*, 1982, vol. 42, n° 6, p. 501-508, p. 502.

¹¹⁸ R. S. PAGE, « The Ideological-Philosophical Setting... », art. cité, p. 63-64.

¹¹⁹ C. HARLOW, « Le droit et l'administration publique... », art. cité, p. 294.

¹²⁰ H. HECLO, « The Spirit of Public Administration », art. cité, p. 693.

¹²¹ Pour la définition de la « *constitutive rationality* », voir B. J. COOK, « At the Crossroads of the Real and the Ideal... », art. cité, p. 17.

¹²² *Ibid.*, p. 15-16.

¹²³ Cette efficacité est notamment évaluée à l'aide des coûts de transaction, voir R. COASE, « The Nature of the Firm », *Economica*, 1937, vol. 4, n° 16, p. 386-405 ; *Id.*, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 2013, vol. 56, n° 4, p. 837-877 (originellement publié en 1960) ; voir également O. E. WILLIAMSON, « Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations », *Journal of Law and Economics*, 1979, vol. 22, n° 2, p. 233-262.

instrumentale, déterminer quels moyens sont appropriés pour mettre en œuvre la politique du Congrès. Mais elle est soumise aux finalités politiques déjà arrêtées en amont par le Congrès¹²⁴. Au contraire, la modernisation de la philosophie de l'administration, qui est dorénavant appréhendée comme une institution politique représentative, a supposé de réévaluer ce postulat. Dorénavant, comme le défend Brian Cook, l'administration publique n'est plus apolitique. Elle « incarne » certaines valeurs : « par son fonctionnement quotidien, [elle] exprime, renforce et refond ces valeurs et ces finalités¹²⁵. » Elle est associée à la construction d'une société désirable, à l'expression et à la réalisation des finalités publiques de la nation. En ce sens, elle n'apparaît plus comme un « simple moyen pour atteindre des fins définies extérieurement à elle », elle est aussi un « moyen politique », « l'institutionnalisation de fins politiques¹²⁶ ». Les agences seraient, elles aussi, des institutions représentatives : les individus et les groupes débattent de la pertinence politique de la réglementation en leur sein. En ce sens, selon Tansu Demir, l'administration a une double nature. D'un côté, elle conserve des compétences techniques, en ajustant les moyens d'ordonnement social pour que les « espoirs et idéaux [soient] accessibles ». D'un autre côté, elle est également un acteur politique, parce qu'elle dirige de manière proactive la communauté : elle doit interagir avec les acteurs politiques pour que l'élaboration de la politique soit couronnée de succès, en bâtissant un cadre propice aux débats et à la résolution des conflits¹²⁷. Son fonctionnement fait ainsi vivre l'idéal démocratique. Il permet de définir collectivement les finalités publiques qui seront poursuivies par la réglementation¹²⁸.

L'administration fait donc partie du processus de constitution des valeurs sociales désirables. Dans cette optique, George Frederickson est partisan de ce tournant politique à partir des années 1970 : l'administration devrait poursuivre un agenda politique à part entière, en garantissant une « équité sociale¹²⁹ ». Celle-ci suppose, entre autres, d'assurer la représentation adéquate des individus sous-représentés au cours du processus de décision face aux *lobbies* mieux organisés. Il s'agit de répondre aux « besoins des citoyens » plutôt qu'à ceux des « organisations publiques¹³⁰ ». Il fait de cette « nouvelle Administration publique¹³¹ » une solution à la crise d'identité que traverse l'administration depuis

¹²⁴ Cette exigence fait écho à l'obligation, pour les lois de délégation, de contenir un principe intelligible qui canalise le pouvoir discrétionnaire des agences, voir *supra*.

¹²⁵ B. J. COOK, « At the Crossroads of the Real and the Ideal... », art. cité, p. 19: « This is so not only in the sense that the choice of means can have a profound influence on the ends to be achieved and hence the character of the society seeking those ends, but also in the sense that public administration embodies certain ultimate values, and through its day-to-day functioning gives expression to, reinforces, and reshapes those values and purposes. »

¹²⁶ *Ibid.*, p. 17: « Political institutions are not simply means for achieving externally defined ends; they are political means and they are the institutionalization of political ends. »

¹²⁷ T. DEMIR, « Politics and Administration... », art. cité, p. 513.

¹²⁸ L'administration participe donc à définir tant les moyens d'action que les finalités, voir par exemple M. E. DIMOCK, *A Philosophy of Administration*, op. cit., p. 3.

¹²⁹ H. G. FREDERICKSON, *New Public Administration*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1980, p. 31 et s.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 6 et s.

¹³¹ Celle-ci est présentée comme un dépassement de l'approche instrumentale et managériale héritée de la philosophie classique et du *New Public Management* : à l'exigence d'efficacité du processus décisionnel succède la protection de valeurs politiques, comme les valeurs démocratiques, de sorte que l'administration doit faire vivre ces valeurs publiques. Sur ce point,

la fin des années 1960¹³², en rénovant la dichotomie administration-politique. Selon George Frederickson, « les administrateurs ne sont pas neutres. Ils devraient être engagés en faveur à la fois d'un bon management et d'une équité sociale, qui sont des valeurs, des choses à atteindre, des justifications¹³³ ». Ainsi, l'administration doit participer à réformer structurellement le système de gouvernement, afin de promouvoir l'équité sociale, sans être dépendante du Président et du Congrès, qui lui semblent trop souvent être au service de quelques privilégiés¹³⁴. Par exemple, elle doit veiller à exécuter pleinement les politiques qui améliorent la qualité de vie de la population, sans que son implication ne varie en fonction de la pression des groupes d'intérêts¹³⁵. La doctrine admet ainsi largement que les agences sont intégrées dans un réseau institutionnel qui élabore et met en œuvre les politiques. Par conséquent, la distinction politique-administration n'est pas de nature fonctionnelle¹³⁶.

Logiquement, les auteurs de la *public administration* doivent tenir compte de cette conclusion et développer une philosophie cohérente, qui inculque aux agents publics une éthique professionnelle précise : ceux-ci ne doivent pas être de simples rouages d'une bureaucratie, des automates qui feraient perdre à l'organisation sa spontanéité et la richesse qu'elle peut apporter à la collectivité politique¹³⁷. Ils doivent apprendre qu'ils seront chargés de contribuer à bâtir une société désirable. Selon Jong S. Jun :

La finalité fondamentale de [cette] recherche philosophique est d'éduquer les étudiants de la *public administration* à comprendre leur responsabilité éthique à l'égard du public, et d'instiller en eux le désir d'avoir une action significative ainsi que le souhait de transformer l'institution bureaucratique en institution démocratique¹³⁸.

voir par exemple J. M. BRYSON, B. C. CROSBY and L. BLOOMBERG, « Public Value Governance : Moving Beyond Traditional Public Administration and the New Public Management », *Public Administration Review*, 2014, vol. 74, n° 4, p. 445-456.

¹³² Cette crise est notamment identifiée dans un ouvrage collectif dirigé par D. Waldo, *Public Administration in Time of Turbulence*, *op. cit.* Voir sur ce point H. G. FREDERICKSON, *New Public Administration*, *op. cit.*, p. x et s.

¹³³ H. G. FREDERICKSON, *New Public Administration*, *op. cit.*, p. 8: « Administrators are not neutral. They should be committed to both good management and social equity as values, things to be achieved, or rationales. »

¹³⁴ T. DEMIR, « Politics and Administration... », art. cité, p. 512.

¹³⁵ Une partie de la doctrine américaine a en effet démontré que les agences n'exécuteraient pas pleinement les programmes de réglementation quand les femmes ou les minorités raciales sont concernées, contrairement aux règlements adoptés pour le bénéfice des grandes entreprises régulées. Par exemple, voir S. F. WILLIAMS, « Background Norms in the Regulatory State », *The University of Chicago Law Review*, 1991, vol. 58, n° 1, p. 419-434, p. 420 ; voir également C. R. SUNSTEIN, « Interest Groups in American Public Law », *Stanford Law Review*, 1985, vol. 38, n° 1, p. 29-88.

¹³⁶ R. S. PAGE, « The Ideological-Philosophical Setting... », art. cité, p. 69 et s.

¹³⁷ M. E. DIMOCK, *A Philosophy of Administration*, *op. cit.*, p. 5-6.

¹³⁸ J. S. JUN, « What is Philosophy of Administration », art. cité, p. 50: « Thus the basic aim of philosophical inquiry is to educate students of public administration to understand their ethical responsibility to the public, and instill in them a desire for meaningful action and a wish to transform the bureaucratic institution into a democratic institution. »

En ce sens, leur professionnalisme doit les pousser à représenter l'intérêt public, en complément des exigences traditionnelles d'efficacité¹³⁹. L'Administration publique vit en effet selon ces exigences instrumentales et politiques, de sorte que la philosophie de l'Administration doit rendre compte de cette hybridation, de cet équilibre mouvant et évolutif entre ses dimensions juridique, politique et managériale¹⁴⁰.

Mathilde Laporte

Mathilde Laporte est professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (EzS UPPA, CDRE, Bayonne, France). Elle est l'auteur de *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du legal process*, Paris, IFJD, LGDJ, vol. 219, 2022.

¹³⁹ Les principes managériaux n'ont en effet pas disparu. Ils ont même été revigorés dans les années 1990 par les partisans du *new public management*.

¹⁴⁰ Z. YAIR, « Ne réinventons pas la roue... », art. cité, p. 860, 866.

Jacques Caillosse

De quelle philosophie administrative le droit français de l'action publique est-il porteur ?

« Le droit ne ment jamais, puisqu'il est là précisément pour obscurcir la vérité sociale en laissant jouer la fiction du bon pouvoir. »

P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Minuit, 1976, p. 157.

« Dans la texture du droit s'impriment ainsi tout à la fois ce que les sociétés affrontent, ce qu'elles rêvent et ce qu'elles redoutent. »

A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France/Fayard, n° 231, 2013, p. 41.

« On a aussi en France une conception de la philosophie comme institution, à laquelle correspond une idéologie professionnelle très puissante, qui se caractérise à la fois par une définition étroite, rigide et souvent passéiste de ce que doit être la vraie philosophie et par des illusions assez extravagantes concernant le rôle que peut jouer la philosophie et les pouvoirs qu'elle détient. »

J. BOVERESSE, *Le philosophe et le réel. Entretiens avec J.-J. Rosat*, Paris, Hachette Littératures, 1998, p. 234.

*

**

Quel sens donner à la question proposée ?

De l'enseignement contemporain du droit administratif en France on peut dire qu'il montre, dans l'ensemble, une belle indifférence à la dimension philosophique de ce corpus juridique¹. Cette attitude est, il faut le reconnaître, parfaitement assumée, quand elle n'est pas fortement revendiquée. Si ce choix n'est bien sûr pas celui de tous les juristes de doctrine², il n'est pas abusif d'affirmer qu'il bénéficie d'un sérieux ancrage institutionnel. Les arguments pourtant ne manquent pas, qui invitent à se détourner d'une telle orientation, c'est-à-dire à ne pas partager la ou les conception(s) de ce droit qu'elle suppose.

Il existe en effet de bonnes raisons de parler du droit administratif comme d'une entité juridique indissociable d'une philosophie de l'administration, du fait notamment de sa profonde insertion dans la culture politique française³. C'est que le droit administratif fait partie intégrante de cette dernière à laquelle il apporte toutes les ressources légitimantes de la juridicité. Tel était bien le sens qu'au milieu du XIX^e siècle déjà Tocqueville donnait à la construction en cours de la discipline qui prenait forme sous le nom de « droit administratif⁴ ». On en veut pour preuve la teneur de son « Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel » présenté en 1846 devant l'Académie des sciences morales et politiques. De sa réflexion, retenons notamment les quelques remarques suivantes :

Notre droit administratif a déjà donné lieu à de savants et utiles commentaires : il n'a point encore été étudié et jugé dans son ensemble par un grand publiciste qui pût et voulût se placer tout à la fois en dehors des préjugés de l'esprit judiciaire et des préjugés de l'esprit administratif ; il faut le regretter, car il n'y a peut-être pas, à tout prendre, de notre temps, un sujet qui fut plus fait pour attirer et retenir l'attention des philosophes et des hommes d'État⁵.

L'exercice en forme interrogative proposé ici n'aurait guère de raison d'être s'il n'était admis que le droit ne peut seulement se comprendre comme un système de règles. Cette qualité constitutive du droit ne saurait sérieusement être mise en doute, mais elle ne doit pas faire oublier pour autant qu'il est aussi un mode de « saisie » de la société dans laquelle il agit. Technicité singulière d'un côté, prisme de lecture de la réalité de l'autre. Les mots du droit n'ont pas pour propriété exclusive de porter des normes, une fois leur interprétation arrêtée. Ils sont l'objet de sollicitations permanentes à des fins narratives. Ces mots-là n'ont pas pour seule fonction d'alimenter les registres de la technicité juridique, ils sont aussi chargés

¹ Voir à ce sujet, K-H. VOIZARD et J. CAILLOSSE (dir.), *Le droit administratif aujourd'hui. Retours sur son enseignement*, Paris, Dalloz, 2021.

² Voir par exemple L. SFEZ, *L'administration prospective*, Paris, A. Colin, 1970, ou encore, C. ROULLIER, *Recherches sur l'aléa dans la jurisprudence administrative. Étude du raisonnement juridique*, Paris, Mare & Martin, 2022. Voir aussi A. HAURIOU, « Le droit administratif de l'aléatoire », in *Mélanges Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 197-225. Voir pour un point de vue exprimé de l'intérieur de la haute fonction publique, S. NORA, *La philosophie du service public*, Actes du colloque de Rouen des 21-23 mai 1980, *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*, Dossiers et Documents du Monde, octobre 1980, p. 8-9.

³ Sur cette question, voir J-M. SAUVÉ, « Les ressources de la culture politique française », *Esprit*, n° 392, février 2013, p. 57-68.

⁴ Voir son « Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », *RFDA*, 2007, p. 1118-1121

⁵ *Ibid.*, p. 1121.

– et parfois même lourdement – d'images, de fictions et de tout ce qui participe d'une entreprise plus générale de *représentation*⁶. Avec la lecture du droit et plus largement encore celle de la littérature juridique, on se trouve emporté, combien même on s'en défendrait, par la logique du Récit, au sens que reçoit cette notion dans un travail récent de l'historien J. Chapoutot⁷ :

dans ce que peut la langue, le récit est ce type de discours qui donne sens, dans sa double acception de signification et de direction, et cohérence au monde en ordonnant des évènements sur un axe temporel pour y distribuer les qualités (causes, conséquences), y démêler l'essentiel de l'accidentel, et transmuier le hasard en nécessité.

C'est que le droit, indépendamment de ce que le positivisme universitaire choisit d'en retenir et d'en faire pour le théoriser⁸, est une manière parmi d'autres de raconter le monde ; il est, dit Tocqueville, « une des formes de l'État nouveau du monde⁹ ». Une manière très intéressée en l'occurrence, puisqu'il s'agit ainsi d'obtenir l'acceptation de ce monde à travers son *redoublement* – autrement dit, sa représentation – juridique. Car le récit du droit ne nous fait pas sortir de la réalité : loin de nous la faire oublier, il a pour fonction de nous y ramener, une fois cette réalité transformée par la fiction. Ce bref détour par la notion de récit trouve ici toute sa raison d'être : pour autant que la matière juridique sur laquelle on se propose de revenir se fasse porteuse d'une philosophie, c'est dans ces mises en récit du droit qu'elle trouve ses expressions propres.

On sait que les concepts organisateurs du droit de l'action publique – celui-là même que l'on s'accorde à appeler « droit administratif » – sollicitent invariablement, pour s'en prévaloir, la catégorie du *public* : puissance publique, intérêt public, utilité publique, ordre public, service public, domaine public, fonction publique, sans oublier les travaux publics et les marchés publics, etc. Par cette rhétorique s'accomplit et se répète une célébration de l'*universel* que ces mêmes concepts font exister. De ce discours juridique propre au droit administratif dans lequel il se fait *entendre*, l'État tire une part de sa force matérielle¹⁰. Pour donner forme à l'expression philosophique de ces relations croisées entre le droit de l'action publique et le service de l'universel, tournons-nous vers P. Bourdieu. S'interrogeant sur la genèse du champ bureaucratique, l'auteur suggère l'explication suivante :

⁶ Voir pour analogie ce qui a pu s'écrire à partir du cas du droit civil. Dans son livre *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique* (Paris, Hermann, 2007, p. 259), B. Edelman s'exprime comme suit : « Je vais aborder, à présent, un autre chapitre de cet immense roman du droit qui s'écrit depuis des siècles, qui s'enrichit de jour en jour pour constituer le texte le plus extravagant, le plus halluciné, le plus fabuleux qui soit, fourmillant d'épisodes, de coups de théâtre, de retournements imprévus. Roman-feuilleton s'il en fut jamais, roman interminable qui accompagne toutes les mutations sociales, toutes les utopies, tous les fantasmes, tous les rêves. »

⁷ Voir J. CHAPOUTOT, *Le Grand Récit. Introduction à l'histoire de notre temps*, Paris, PUF, 2021, p. 16.

⁸ Sur les raisons d'un tel jugement, voir J. CAILLOSSE, « La question du positivisme dans l'enseignement contemporain du droit administratif », in K-H. VOIZARD et J. CAILLOSSE (dir.), *Le droit administratif aujourd'hui*, op. cit., p. 49-64.

⁹ A. DE TOCQUEVILLE, « Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », Rapport précité, p. 1121.

¹⁰ Ainsi que le fait remarquer P. Legendre (*Jour du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, éd. Minuit, 1976, p. 160), à travers le droit administratif, c'est l'État qui se met en scène. Ainsi peut-on se mettre à l'écoute de cette peu banale interrogation : « Qu'est-ce que l'État dit de lui-même ? »

Fictio juris, l'État est une fiction de juristes qui contribuent à produire l'État en produisant une théorie de l'État, un discours performatif sur la chose publique. La philosophie politique qu'ils produisent n'est pas descriptive, mais productive et prédictive de son objet et ceux qui traitent les ouvrages des juristes [...] comme de simples théories de l'État, s'interdisent de comprendre la contribution proprement *créatrice* que la pensée juridique a apportée à la naissance des institutions étatiques [...]. Tout permet de supposer que les écrits par lesquels les juristes visent à imposer leur vision de l'État, notamment leur idée de l'« utilité publique » (dont ils sont les inventeurs) sont aussi des stratégies par lesquelles ils visent à faire reconnaître leur présence en affirmant la présence du « service public » avec lequel ils ont partie liée¹¹.

Comment répondre à la question proposée ?

Si l'on veut bien admettre qu'avec cette première série de considérations, la finalité et les enjeux du sujet proposé trouvent un début d'explication, reste à se demander de quelle(s) manière(s) il peut être répondu à la question posée. Sans doute convient-il de prévenir par avance toute ambiguïté sur le statut qu'il convient de reconnaître à la philosophie dans les développements à venir. On ne pourra pas non plus faire l'économie d'un retour, aussi rapide soit-il, sur les propriétés de la matière juridique traditionnellement ordonnée sous la dénomination de « droit administratif ».

L'exercice envisagé ici ne prétend en aucune façon présenter une quelconque philosophie du droit administratif français, pas plus d'ailleurs qu'une philosophie de l'administration¹² ! Sa visée est tout autre, qui consiste à identifier les éléments de la seule philosophie de l'administration dont le droit de l'action publique est ou serait porteur. C'est là un tout autre sujet : une chose serait d'élaborer un discours philosophique sur l'expérience française d'un droit administratif, une autre est de voir dans ce dernier un corpus juridique sensible au travail philosophique et informé par les thèses qui y sont exposées. Il ne sera donc pas ici question des différents modes d'approche possibles du droit administratif. Plutôt que de prendre une position en surplomb dans le but de dessiner, de l'extérieur, une voie d'accès à la matière juridique, il s'agit de se mettre à son écoute, afin de l'entendre penser – si l'on peut ainsi s'exprimer. C'est à une pareille démarche que semble nous inviter P. Legendre lorsqu'il écrit :

Il convient donc d'attirer l'attention vers l'examen du Droit administratif passé car c'est bien là qu'il faut chercher en premier lieu l'expression d'une pensée administrative révélatrice d'un état de civilisation lié à l'avènement du système libéral industriel¹³.

Cette philosophie ne saurait bien sûr se présenter à la façon d'un ensemble de propositions organisées, comme un manuel ou un traité ne manquerait pas de le

¹¹ Voir P. BOURDIEU, « De la Maison du Roi à la Raison d'État. Un modèle de la genèse du champ bureaucratique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales (ARSS)*, n° 118, juin 1997, p. 65. Notons que ces propositions ne sont pas sans parenté, par-delà le contraste des lexiques, avec les remarques suivantes que l'on doit à P. Legendre (*Jouer du pouvoir*, op. cit., p. 161) : « Les juristes [...] en faisant leur travail de juristes, ils font autre chose que du droit, ils entretiennent le divin mystère de l'État, c'est-à-dire le principe, d'une autorité éternelle, hors du temps et mystifiante, selon les exigences du mécanisme dogmatique dans le contexte centraliste. »

¹² Voir par exemple sur cet objet, R. CATHERINE et G. THULLIER, *Introduction à une philosophie de l'administration*, « Préface » de V. Jankélévitch, Paris, A. Colin, 1969.

¹³ Voir P. LEGENDRE, *Fantômes de l'État en France. Parcelles d'histoire*, Fayard, 2015, p. 93.

faire. Elle ne peut qu'être diffuse. Parce qu'elle est loin de s'affirmer toujours explicitement dans des formes visibles et des raisonnements structurés, il est nécessaire, pour en rendre compte, de procéder à des recoupements, à des reconstitutions comme à des interprétations. En l'occurrence, cette philosophie ayant le droit de l'action publique pour support « matériel », elle en exploite toutes les ressources rhétoriques et tire profit d'un lexique qui joue de sa propre *neutralité*. La technologie juridique constitue un véhicule d'autant plus efficace qu'il se déplace sur un registre censé offrir toutes les garanties de la neutralité, sinon celles de la « naturalité ».

À sa manière, le droit parle donc philosophie. Même s'il le fait la plupart du temps de manière indirecte, il active, pourrait-on dire, une sorte de sous-texte philosophique¹⁴. On ne s'en étonnera pas : la langue juridique développe une propension particulière à produire des effets de réalité. Or, c'est dans le cours même de ce processus de production qu'une philosophie de l'administration est à l'œuvre. Si l'existence de cette dernière ne fait guère de doute, les moyens qui permettent d'y accéder ne sont pas donnés par avance. Aussi convient-il d'identifier les « scènes » où elle trouve de façon préférentielle ses expressions. Ce sujet justifierait à lui seul une étude spécifique, on devra s'en tenir ici à quelques indications sur sa topographie. Commençons par regarder du côté des principaux producteurs du droit administratif : le législateur, les administrations publiques et les juridictions administratives composent un espace marqué par des pratiques intellectuelles diverses et multiples mais dont il est permis de dire que toutes donnent à l'État des occasions de se penser. C'est dans tout ce travail qu'il effectue ainsi sur lui-même que s'élabore cette philosophie de l'administration par laquelle se trouve informé le droit de l'action publique¹⁵. Il en est ainsi, par exemple, lors des travaux de préparation des lois et autres textes réglementaires intéressant l'action publique et la réforme de l'administration : voilà des moments privilégiés au cours desquels on entend se fissurer le discours technicien, tandis que, mise à nu, la machinerie juridique donne à voir ses composantes philosophiques. Pensons aux débats auxquels ont pu donner lieu en leur temps les politiques dites de modernisation du service public et de la fonction publique, dans le cadre de la RGPP, ou à ceux ayant entouré la mise en œuvre de la fameuse LOLF. N'oublions pas non plus les enseignements que livre le processus de fabrication de la jurisprudence¹⁶ : les conclusions élaborées par les commissaires du gouvernement et les rapporteurs publics ne manquent pas de prendre des appuis dans la philosophie latente du droit administratif, tout en lui donnant une expression écrite. Remarquons encore tout l'intérêt que présentent pour notre sujet les mouvements de contestation dont le droit administratif français a pratiquement toujours été l'objet¹⁷. Voilà une conflictualité fort édifiante : ce ne sont pas alors les

¹⁴ Une proposition qu'on rattache parfois à l'étymologie même du mot « droit ». Ainsi, relève A. Supiot (*Grandeur et misère de l'État social*, *op. cit.*, p. 41) : « Comme l'indique l'étymologie du mot *droit*, celui-ci marque la direction qu'une société s'assigne [...]. Il est aussi l'image idéale où elle voudrait se reconnaître. »

¹⁵ Pour une tentative de généralisation et de situation historique de cette problématique, voir notamment P. BOURDIEU, O. CHRISTIN et P.-E. WILL, « Sur la science de l'État », *ARSS*, n° 133, juin 2000, p. 3-9.

¹⁶ Voir les enseignements livrés en ce sens par B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002.

¹⁷ Voir par exemple l'ouvrage de L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, 1985 ; B. KRIEGLER, *La République incertaine*, Paris, Quai Voltaire, 1992. Voir aussi, F. DUBOIS, M. ENGUÉLÉGUÉLÉ, G. LEFÈVRE et M. LOISELLE, « La

techniques propres à ce droit qui sont mises en débat, mais bien les finalités qu'elles servent ; celles-là même où s'énoncent les options philosophiques portées par la matière juridique, comme d'ailleurs par la discipline qui en tient l'inventaire et en réalise les mises en forme.

Si la notion de philosophie administrative (ou de philosophie de l'administration) est lourde d'ambiguïté, c'est à un constat du même genre qu'oblige la notion de droit administratif, ou de droit de l'action publique. Et dans l'exercice proposé ici elle est, et restera, une des sources principales de difficulté. Évitions tout d'abord de croire – et de faire croire ! – que le droit administratif – puisque telle est toujours sa désignation académique – aurait une réalité objective dont le juriste se bornerait lui-même à constater l'existence. C'est que ce droit-là fait entendre plusieurs voix. Celles des producteurs de textes et de jurisprudences s'y donnent certes pour dominantes, mais elles sont loin d'être toujours audibles. Cette qualité, elles la doivent aussi au travail de décryptage de la doctrine, dans l'acception la plus large de ce terme. C'est reconnaître que ce droit administratif n'est donc pas réductible au droit positif, qu'il est indissociable des récits, des histoires qui lui donnent des formes et du sens. Tocqueville avait en son temps fort bien identifié ce pouvoir doctrinal dont il estimait alors devoir dénoncer les risques¹⁸ :

Je ne sais si à la longue, les commentaires des lois n'exercent pas plus de puissance que les lois mêmes, car les lois ne règlent que certains faits, elles sont bornées dans leur portée et dans leur durée, tandis que les principes généraux que les légistes créent à propos des lois, sont éternels et féconds ; ils arrivent tôt ou tard à être comme une source commune dont toute la législation vient peu à peu découler.

Bien sûr, les agencements que réalisent les acteurs à l'intérieur du champ juridique auquel ils appartiennent peuvent lui donner une apparence d'unité ou d'homogénéité. Les différences n'y sont pas gommées pour autant. Elles servent même de ressources à la compétition théorique à laquelle se livrent les juristes sur la scène doctrinale. Parler *du* droit administratif relève donc pour beaucoup de la convention : ni ses contours ni son contenu ne sont fixés, qui restent objet de débats et de controverses. Il ne s'agit pas par ces remarques de sous-entendre qu'il n'y a pas de réponse obligée à la question tenant lieu de titre au présent exposé. Mais il vaut mieux, pour donner cette réponse, en savoir par avance toutes les limites : on est contraint de faire de la chose appelée le droit administratif une sorte de texte composé à partir de plusieurs voix qui entrent en résonance pour faire entendre un discours commun où elles se retrouvent à défaut de se confondre. Reste que dans la longue durée, à force de se croiser, de s'opposer mais aussi de s'accorder, ces voix finissent par partager une certaine identité intellectuelle.

De ce droit administratif, il est admis *grosso modo* que la *discipline* a commencé à se construire dans le cours du XIX^e siècle et qu'elle a trouvé ses codes modernes d'organisation dans les œuvres croisées de L. Duguit et M. Hauriou¹⁹. Quant au droit positif, il a eu depuis cette date tout le temps de se transformer en connaissant

contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993.

¹⁸ Voir A. DE TOCQUEVILLE, « Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », Rapport précité, p. 1120.

¹⁹ Pour une relecture de la question, voir les travaux de G. Bigot et notamment, *Ce qu'une autre histoire de l'administration pourrait avoir à nous dire de la nature de son droit*, in K-H. VOIZARD et J. CAILLOSSE (dir.), *Le droit administratif aujourd'hui*, op. cit., p. 359-379.

maints avatars. Reste que l'entité juridique qui reçoit aujourd'hui le nom de « droit administratif » ne saurait être aussi facilement considérée comme un pur produit de la Modernité. Les travaux historiens montrent pourquoi cette matière juridique nous renvoie aux lointains de notre histoire : elle s'est élaborée lentement dans la longue durée. S'interroger à présent sur le droit de l'action publique comme possible vecteur d'une philosophie administrative ne peut se faire qu'en prenant la mesure de cette durée. S'il est raisonnable, dans les limites obligées du présent exercice, de questionner la période contemporaine, il serait pour le moins hasardeux d'ignorer le poids d'histoire dont le droit administratif se trouve lesté²⁰ : tel qu'il s'offre à l'analyse aujourd'hui, ce droit-là demeure bel et bien informé par la longue durée dont il procède. Ainsi que le notait P. Legendre en 1974, « Survit encore de nos jours, non seulement le droit monarchique, mais un fonds antique revu par les médiévaux²¹ ».

Mieux vaut donc se garder de considérer le droit administratif comme un modèle d'invariance et de stabilité. Cela, il ne l'a jamais été. N'est-il pas d'ailleurs régulièrement célébré pour ses aptitudes à la métamorphose ? Une propriété qu'il pourrait avoir développée au point de se rendre à présent méconnaissable ! Mais, aussi mouvant soit-il, il n'a pas cessé d'être ce « territoire » privilégié où l'État se met en scène pour se faire Gendarme, Providence ou Stratège, quand il ne joue pas tous ces rôles à la fois, en puisant dans le répertoire du droit administratif. Aussi *informé* soit-il par l'évolution des certitudes et autres croyances dominantes du temps présent, ce dernier garde en mémoire sa propre histoire : ainsi s'impose la coexistence de mouvements d'idées, et d'idéaux, fortement contrastés dont la philosophie administrative ne manque pas de porter les marques.

C'est par la mise en valeur délibérée des *transformations* en cours de l'« esprit » du droit administratif français²² que l'on peut chercher une réponse à la question nous tenant lieu de titre. On se demandera, dans une première période, ce qu'est la philosophie administrative dont le droit administratif a tiré sa force et qui lui vaut aujourd'hui, les temps ayant changé, de servir de cible politique. Il y aura lieu ensuite de s'interroger sur la portée de la mutation que connaît le droit administratif : sa figure nouvelle – celle d'un droit de l'action publique – signifie-t-elle la liquidation du vieil héritage philosophique auquel le droit administratif devait sa prospérité ?

²⁰ Voir J. CAILLOSSE, « Le “poids d'histoire” du droit administratif : une ressource politique d'actualité ? », *Revue française de finances publiques*, n° 152, nov. 2020, p. 5-15.

²¹ Voir P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », in *Trésor historique de l'État en France*, Paris, Fayard, 1992, p. 591.

²² Voir la réflexion proposée sur cette expression par J. MICHEL, « A. Demichel ou L'Esprit du droit public », in L. VANIER (dir.), *Le droit administratif d'A. Demichel*, Paris, La mémoire du droit, 2023, p. 321-341.

I. SUR L'« ANCIEN » RÉPERTOIRE PHILOSOPHIQUE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

« L'État n'est ni une institution de police, comme le voulait Smith, ni un bureau de bienfaisance ou un hôpital comme le voudraient les socialistes. C'est une machine de progrès. Tout sacrifice de l'individu qui n'est pas une injustice, c'est-à-dire la spoliation d'un droit naturel, est permis pour atteindre cette fin ; car dans ce cas le sacrifice n'est pas fait à la jouissance d'un autre, il est fait à la société tout entière. C'est l'individu sacrifié antique, l'homme pour la nation. »

E. RENAN, *L'avenir de la science. Pensées de 1848*, Paris, Calmann-Lévy, 1890, p. 378 (Cité par J. BOUVERESSE *Le mythe moderne du Progrès*, Marseille, Agone, 2017, p. 73)

A. Éléments de problématique générale

Rappelons qu'on cherche ici à identifier le genre de philosophie de l'administration que produit et transmet le droit applicable à l'action publique. Cette production est pour l'essentiel implicite : le droit qui en est porteur n'a pas pour vocation d'élaborer un quelconque programme philosophique ; mais le fait que le droit administratif ne peut se voir reconnaître pareille ambition ne l'empêche pas de promouvoir des idées et des thèses philosophiques se rapportant à l'administration qui est sa cause première. Mieux, il y a nécessairement, au principe de la construction de ce droit, une représentation de ce qu'est la « bonne administration ». Un peu à la manière de cette fresque que peint Lorenzetti sur les murs du palais communal de Sienne au XIII^e siècle, sous le titre *Allégorie et effets du Bon et du Mauvais Gouvernement*²³, le droit administratif tend aux responsables et autres agents de l'action publique comme un *miroir* où se donne à lire le « bien administrer ». Telle est après tout la vraie raison d'être du contentieux administratif : en même temps qu'il sanctionne les travers de la décision et de l'action publique, le juge dit ce qu'il en est de la bonne administration. Là se dessinent les contours et s'affirment les composantes d'une action publique idéale, d'un modèle que l'administration doit s'efforcer de reproduire. Nul ne doit ignorer que les notions d'ordre public et d'intérêt général, par exemple, sont aussi des formes philosophiques dans lesquelles la *droite administration* indexée sur la régularité juridique vient se loger²⁴.

Il va s'agir, à présent, d'évoquer brièvement une sorte de premier état du droit administratif, sachant qu'au moment où il commence à se constituer comme tel

²³ Voir sur les fonctions et le sens de cette œuvre, P. BOUCHERON, *Conjurer la peur. Sienne 1338. Essai sur la force politique des images*, Paris, Seuil, 2013, et, Q. SKINNER, *L'artiste en philosophe politique. Ambrogio Lorenzetti et le Bon Gouvernement*, Paris, Raisons d'agir, 2003.

²⁴ Pour n'en point douter, voir E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984. Voir par ailleurs les « Réflexions sur l'intérêt général – Rapport public 1999 » du Conseil d'État, *Études et Documents n° 50*, La doc. fr. 1999, et celles de J. CHEVALLIER (dir.), « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978, vol. 1, p. 11-45.

– les « choses sérieuses » datent ici de la seconde moitié du XIX^e siècle –, il n'a rien d'une création nouvelle ou d'une pure invention. Il a déjà une histoire longue et son propre horizon philosophique, celui dont P. Legendre notamment a décrit les composantes²⁵. Voilà qui invite à se déprendre de certaines attitudes académiques qui peuvent laisser croire – ce sont là des facilités pédagogiques que l'on peut expliquer à défaut d'y adhérer – à la création d'un droit administratif « premier » à la faveur d'un contexte rendant possible pareille éclosion ! Telle n'est sûrement pas la vérité : certes, un droit nouveau s'édifie, mais sur des fondations juridiques héritées. Ce n'est pas parce qu'un droit nouveau s'élabore, en relation avec ce que l'époque elle-même apporte de neuf – on ne peut s'empêcher d'évoquer ici le mythe du progrès et son avatar : la Croissance²⁶ –, que le fond ancien du droit de l'administration, ses lointains héritages romano-canoniques, cesse d'« agir²⁷ ». C'est comme si des vérités et des croyances nouvelles venaient recouvrir des vérités et des croyances anciennes qui ne s'en trouvent pas pour autant neutralisées ou « désactivées ». La nouvelle époque du droit administratif qui advient à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle ne s'impose pas selon la logique de la table rase. Son identité et son existence, ce droit les doit encore au jeu persistant de forces venues des profondeurs de son histoire. Il est la résultante d'expériences accumulées plus que le produit d'une invention géniale.

La figure « classique » du droit administratif – disons celle qui prend forme à partir des œuvres croisées de Duguit et d'Hauriou – ne saurait faire oublier cette lente constitution *sédimentaire* de la matière juridique. S'il faut maintenant convoquer cette figure, c'est parce qu'elle est une référence récurrente des discours accompagnant les transformations du droit administratif. Référence, cela veut dire que les œuvres concernées fonctionnent comme des points de repère nécessaires dans le travail permanent de « révision » du droit administratif ; elles sont comme des instruments de mesure et de jugement des changements juridiques accomplis ou à réaliser. Pour nous, l'intérêt d'y faire ici retour réside en ceci : elles se développent dans une configuration bien particulière, celle d'un État providence en cours de constitution, du moins au sens que F. Ewald a pu donner à ce phénomène : « l'institutionnalisation d'une nouvelle rationalité politique et juridique²⁸. » Cet État providence, précise l'auteur, « est porté par une philosophie qui n'est plus du tout celle que la Révolution française héritait du XVIII^e siècle. Il dépend d'une conjoncture épistémologique originale²⁹ ».

Ce moment est essentiel. Tributaire de cette nouvelle donne, le droit administratif, sans cesser d'être dépendant de sa trajectoire antérieure – celle de la « Royauté du droit administratif » pour reprendre la caractérisation de P. Legendre – se charge de valeurs nouvelles et construit un nouvel imaginaire qui prend la *Solidarité* pour emblème. Il participe à sa manière de la promotion d'un *droit social* auquel cette même notion de solidarité tient justement lieu de paradigme. La part prise dans cette affaire par le droit administratif peut être mesurée de différentes façons. La première méthode est globale, qui montre l'inscription du droit administratif dans cette nouvelle rationalité dont relève et que fait prévaloir le droit social : une rationalité qui n'est pas étrangère à la montée en

²⁵ Voir en particulier P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif », art. cité.

²⁶ En ce sens, voir J. BOUVERESSE, *Le mythe moderne du Progrès*, op. cit.

²⁷ Voir J. CAILLOSSE, « Le *Jus* d'Aldo Schiavone et le droit administratif », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la culture juridique*, 2015, n° 35, p. 391-407.

²⁸ Voir F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 373.

²⁹ *Ibid.*

puissance de la sociologie dont les œuvres de Duguit³⁰ et d'Hauriou³¹ donnent elles-mêmes à voir deux expressions différentes. Avec l'autre démarche, on prend en compte la place centrale que réserve le droit positif à la notion de service public, et celle que lui fait la doctrine administrative dans les montages juridiques, pratiquement jusqu'aux années 1980, même si, bien entendu, les principes intellectuels constitutifs de l'École du service public n'échappent pas aux débats doctrinaux³².

B. Illustrations

Le mythe du « bon pouvoir » auquel il a déjà été fait référence va principalement servir, on n'en sera pas surpris, la cause de l'État. Porteur de ce mythe, le droit administratif se fait langage de l'État : il est un outil de légitimation des choix opérés par ce dernier tout en affichant les valeurs supérieures au nom desquelles l'administration agit sur les rapports sociaux, en interdisant, autorisant, réglementant, contrôlant, etc. En faisant ainsi parler les catégories du droit administratif, l'État façonne les rapports sociaux. À y regarder de plus près, il le fait de deux manières en exploitant les ressources que ce droit met à sa disposition : non seulement il lui permet de relativiser le statut des intérêts privés et particuliers face aux nécessités de l'utilité publique et de l'intérêt général, mais il lui assure par ailleurs les facilités d'un traitement *mineur* du « local » pour agencer les rapports centre/périphérie.

1. La tendance à une relativisation juridique des intérêts privés et particuliers

De l'administration – dans sa double acception de système institutionnel et de fonction politique – qu'il contribue à régir, le droit (administratif) fait « la garante de l'utilité publique ». La formule est de P. Legendre. Elle désigne ainsi « un scénario qui joue comme mythe fondateur, c'est à dire comme garant. Garant de la raison d'être de l'État, garant de sa légitimité...³³ ». Se faisant analyste des « ressources de la culture politique française », dans laquelle il inscrit le droit administratif, l'ancien vice-président du Conseil d'État, J-M. Sauvé, fait, lui aussi, usage de la même formule symptomatique : « L'État, en France, s'est construit comme le garant de l'intérêt général³⁴. » Quelque chose ainsi perdure, dont le droit administratif aura longtemps été le transmetteur. Souvenons-nous : l'un des traits communs aux principaux objets dont ce droit s'est saisi, c'est de n'avoir pas été indexés sur la notion, devenue si pressante, de *marchandise*. Il en va ainsi, on le sait, pour le service public, la domanialité publique, les travaux publics, sans omettre la fonction publique : autant de « choses » qui échappent – du moins l'ont-elles fait principalement – aux lois générales de l'échange marchand. L'ordre dans lequel le droit choisit de les faire entrer obéit à des valeurs non marchandes qui ont

³⁰ Voir D. ESPAGNO, *Léon Duguit : de la Sociologie & du Droit*, Le Mans & Toulouse, L'Épilogue, 2013.

³¹ Voir F. AUDREN et M. MILET, *Maurice Hauriou sociologue*, « Préface » aux *Écrits sociologiques de M. Hauriou*, Paris, Dalloz, 2008.

³² Là-dessus aussi, c'est vers les travaux de C. Eisenmann qu'il faut se retourner. Voir notamment, « Le droit applicable à l'administration (cours de l'année 1952-1953) », in *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, tome 1, 1982, p. 527-766.

³³ Voir P. LEGENDRE, *Fantômes de l'État en France. Parcelles d'histoire*, *op. cit.*, p. 199.

³⁴ Voir J-M. SAUVÉ, « Les ressources de la culture politique française », art. cité, p. 64.

pour point commun la satisfaction de l'intérêt général, entendu comme le bien commun ou bien-être collectif. En tout cas, « des valeurs [qui] sont aux antipodes des idéaux marchands de recherche du profit et de maximisation des utilités individuelles³⁵ ».

Voilà pourquoi il a pu être question ci-dessus de la contribution spécifique du droit administratif français à l'expérience historique de l'État social. N'est-il pas partie prenante de la construction des solidarités humaines portées par les idées d'égalité et de justice sociale ? S'il n'est pas la seule discipline juridique à soutenir cette fonction, il a pris toute sa part à son exercice. Voyez, au soutien de cette thèse, l'œuvre majeure d'un Duguit. Ce droit-là est bien, à sa manière, du droit social, et c'est cette qualité même qui explique une bonne part du débat d'idées dont il a été et reste l'enjeu. Cette discussion a été immédiate. On a de bonnes raisons de la faire remonter à la période où le droit administratif commence à se constituer vraiment comme discipline académique. On en veut pour preuve le fameux « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel », déjà évoqué ici à plusieurs reprises. Il faudrait encore convoquer toute une doctrine civiliste peu disposée à admettre un processus de socialisation du droit³⁶ dont le droit administratif apparaît comme un agent privilégié. Mais la doctrine publiciste n'est pas en reste. Dans une très large mesure, le commentaire rageur que livre Hauriou sur l'« affaire canal de Gignac³⁷ » constitue une sorte de *bréviaire* de ce que sera plus tard la critique (néo)libérale du droit administratif. Avec cette décision, les associations syndicales de propriétaires se voyant reconnaître le caractère d'établissement public, il en résulte par voie de conséquence une extension du champ d'application du droit public. C'est, en l'occurrence, contre la logique de cette révision du partage public/privé que s'insurge Hauriou. Il le fait dans des termes que l'on retrouvera lors des discussions relatives au fameux service public dit « à la française³⁸ », c'est-à-dire à la compatibilité de notre système de pensée administrative avec les standards du droit communautaire de la concurrence : « Ce qui est grave, écrit l'auteur, c'est d'incorporer à l'administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public, mais seulement d'intérêt collectif, parce que la confusion du collectif et du public est proprement le fond de la doctrine collectiviste. » Et avec cette confusion-là, c'est le partage juridique entre l'économie et le politique que l'on brouille :

Les intérêts dont l'administration publique a pris la charge jusqu'à maintenant étaient bien ceux d'une collectivité, mais ils se présentaient comme étant les intérêts publics de cette collectivité, et non pas comme étant ses intérêts purement collectifs. Or les intérêts publics d'une collectivité sont d'ordre politique, tandis que ses intérêts purement collectifs sont d'ordre économique ; voilà la différence.

Et Hauriou d'insister : « Jusqu'à présent, toute l'organisation de l'État a été ainsi politique, non point économique. » C'est que « l'État n'est pas une association pour

³⁵ Une réflexion que j'emprunte à A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, Leçon de clôture prononcée le 22 mai 2019, Paris, éd. du Collège de France, 2019, p. 48.

³⁶ *L'État providence* de F. Ewald, précité, propose, depuis le droit de la responsabilité, une lecture aussi originale que stimulante de ce processus.

³⁷ Voir M. HAURIU, « Caractère d'établissement public des Associations syndicales de propriétaires. Note sous T. C. 9 déc. 1899, Associations syndicales du Canal de Gignac c. Ducornot », Sirey, 1900, part. III, p. 49.

³⁸ Dans une littérature considérable, voir notamment J. CHEVALLIER, « La réforme de l'État et la conception française du service public », *RFAP*, n° 77/1996, p. 189 et s.

travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière d'*être ensemble*, de vivre ensemble, ce qui est essentiellement le fait politique ».

La démonstration d'Hauriou a valeur exemplaire. S'y expose tout l'intérêt pour notre sujet de la contestation libérale du droit administratif. Car celle-ci ne se limite pas à l'examen, fût-il critique, d'une technologie juridique singulière ; s'il s'attache à cette dernière, c'est parce qu'elle est indissociable de la philosophie qu'elle sert et qui la sert. Le droit administratif y est vu comme une arme politique aux mains de responsables publics pour imposer le modèle étatiste. Ainsi a-t-on pu écrire à propos de l'évolution du droit des contrats : « La difficulté contemporaine réside précisément dans la conviction des hommes de l'État d'être les seuls interprètes de l'utilité publique et d'avoir ainsi le droit de réglementer les contrats au nom d'une imaginaire équité sous prétexte de « protéger le faible³⁹ ». Ce raisonnement visant la catégorie de l'utilité publique trouve évidemment avec celle de l'intérêt général un autre terrain de prédilection. Ainsi, chez L. Cohen-Tanugi⁴⁰ :

Le mythe de l'intérêt général est tellement puissant qu'il exerce son empire sur la société elle-même. La dénomination péjorative réservée en France aux intérêts particuliers composant la société civile est révélatrice à cet égard. Face à la pureté immatérielle de l'intérêt général incarné par l'État, les intérêts exprimés par la société civile sont dénommés « intérêts catégoriels » et « corporatismes ».

2. La tendance à une dévalorisation juridique du « local »

Ainsi, dans une configuration marquée par l'émergence de l'État social, le droit administratif entre dans cette période que l'on a qualifiée de « classique ». Il n'agit pas alors seulement pour déplacer d'anciennes lignes de partage, entre le public et le privé, le politique et l'économique, il continue d'imposer dans le même temps la vieille représentation d'un Territoire pensé depuis son Centre. C'est par ce droit, dit P. Legendre, que s'accomplit la « transmission centraliste⁴¹ ». De la même manière qu'il porte le discours de la Modernité et du Progrès⁴², jusque dans sa forme la plus contemporaine – celle de la Croissance⁴³ –, le droit administratif contribue encore à la propagation d'un autre grand récit bien français, l'Unité et l'Indivisibilité de la République⁴⁴. Voilà une autre « affaire » des plus sérieuses où le juridique – du moins celui dont il est ici question – permet de se mettre à l'écoute d'une philosophie administrative construite dans le temps long de la construction étatique. C'est qu'avec le droit administratif, on a en quelque sorte accès à l'*archive*

³⁹ Voir J-M. VARAUT, *Le droit au droit*, Paris, PUF, 1986, p. 187.

⁴⁰ Voir L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, *op. cit.*, p. 122.

⁴¹ Voir P. LEGENDRE, *Fantômes de l'État*, *op. cit.*, p. 205.

⁴² Écoutons une fois de plus Tocqueville parler du droit administratif, en 1846, devant l'Académie des sciences morales et politiques (« Rapport » précité, p. 1121) : « Ce droit lui-même n'est qu'une des formes de l'état nouveau du monde, nous l'appelons le système français, c'est le système moderne qu'il faut dire. »

⁴³ Voir J. CAILLOSSE, « Le “grand récit” de la Croissance et les métamorphoses du droit administratif », in G. KOUBI et W. TAMZINI (dir.), *Discours administratifs, droit(s) et transformations sociales*, Paris, IRJS éd., 2020, p. 147-163.

⁴⁴ Sur ce thème inusable de la littérature juridique, voir par exemple, M. DOAT et J. RIOS RODRIGUEZ (dir.), *L'unité de l'État dans un régime juridique pluriel*, Paris, Mare & Martin, 2020.

de toute cette histoire qu'il garde en dépôt. La lecture du même P. Legendre⁴⁵ nous y conduit :

Nous sommes rentiers d'un secret de fabrication, lâché en style militaire par une loi de 1789, que personne ne lit plus. En faisant voler en éclats le territoire traditionnel remplacé par la géométrie des départements, conçus comme ils disaient pour « l'augmentation du patriotisme général », les Révolutionnaires de 89 ont installé l'*État patriote* au cœur de la gestion. Un orfèvre de l'époque, l'abbé Sieyès – encore lui – a craché le morceau de la magie centraliste : « La France ne doit point devenir un État fédéral, composé d'une multitude de Républiques. »

Mais, continuons dans le même temps à solliciter Tocqueville. Il montre lui aussi, avec d'autres mots, comment les jeux de la fiction égalitaire ont contribué à façonner le territoire de l'État :

Assurément vous ne croyez pas plus que moi que notre système administratif soit né d'un accident, ait été créé par les volontés arbitraires d'une assemblée ou par le génie égoïste d'un grand homme. Non, il a été le résultat nécessaire de la révolution sociale qui s'est opérée en France à la fin du siècle dernier, et qui se continue avec des phases diverses dans le reste du monde. On s'étonne à la vue de la singulière et imposante uniformité qui règne dans toutes les parties de notre administration, et l'enchaînement rigoureusement logique qui lie chacune d'entre elles à toutes les autres, et de la puissante unité qui rattache à un même centre les moindres parcelles d'autorité répandues sur la surface du territoire. Mais ceci est le fait des événements antérieurs bien plus que de la volonté préconçue des hommes [...]. Pourquoi eût-on varié la forme des différents pouvoirs, puisqu'il s'agissait de régir de la même manière des citoyens devenus égaux et pareils ? Pourquoi eût-on créé une législation à part pour chaque partie de la nation, puisque toutes se ressemblaient ? Tous les privilèges qui donnent à certains particuliers ou à certaines corporations un droit au gouvernement étant abolis, où pouvait-on aller chercher la source des pouvoirs, sinon dans le grand centre où résidait la puissance de la nation entière⁴⁶ ?

C'est à tout cela que décrit ici Tocqueville, que le droit administratif se trouve pratiquement et intellectuellement rattaché. Il donne ses traits juridiques à un modèle d'administration territoriale avec lequel il avait fini par se confondre, et cela jusqu'au début des années 1980 où, à la faveur de politiques se réclamant de la décentralisation, de nouvelles représentations du territoire finissent par s'inscrire dans l'imaginaire juridique⁴⁷. Nombre de réformes, en cours de réalisation⁴⁸ ou projetées⁴⁹, sont comme autant de réactions aux effets les plus visibles de la religion française du centralisme : la dévalorisation du « local » en tant que tel⁵⁰. L'actuelle

⁴⁵ Voir P. LEGENDRE, *Miroir d'une Nation. L'École Nationale d'Administration*, Paris, éd. Mille et Une Nuits, 1999, p. 33.

⁴⁶ Extraits du « Rapport » précité de Tocqueville, p. 1121.

⁴⁷ Le sujet est immense. Je prends la liberté de faire renvoi à mon livre *Les « mises en scène » juridiques de la décentralisation. La question du territoire en droit public français*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2009.

⁴⁸ C'est évidemment le cas avec la mise en œuvre de l'énorme corpus de textes produits au titre de la décentralisation.

⁴⁹ On pense notamment à la révision projetée du droit applicable à l'Outre-Mer et à la Corse.

⁵⁰ Voir au soutien de cette idée une réflexion d'autant plus précieuse qu'elle vient d'un membre en vue du Conseil d'État, c'est-à-dire du Centre, G. BRAIBANT, « Les libertés locales devant le juge administratif », in C. DEBBASCH (dir.), *La décentralisation pour la rénovation de l'État*, Paris, PUF, 1976, p. 137 et s.

montée en puissance des discours célébrant les vertus de la proximité⁵¹ ne saurait occulter le traitement *mineur* auquel un droit largement produit par et pour le Centre a soumis le local ; ce dont le système juridique propre aux collectivités territoriales, malgré ses récentes transformations, continue d'ailleurs aujourd'hui de porter témoignage⁵².

*
**

Ce n'est évidemment pas un hasard si, plus que jamais depuis les années 1980⁵³, la doctrine est remuée par des questionnements récurrents sur le rôle, la place, voire la légitimité même du droit administratif dans l'ensemble des dispositifs de régulation des rapports sociaux⁵⁴. Ce phénomène fait très précisément écho, dans le champ du droit, aux discours que font entendre sur l'État et l'action publique ces « milieux dirigeants » où l'on partage une même croyance : le néo-libéralisme est le système de pensée le mieux adapté aux exigences du nouvel *espace-temps* issu de la globalisation et de la construction européenne⁵⁵. Bref, ces « inquiétudes » doctrinales disent en termes juridiques ce que sont désormais les certitudes et croyances nouvellement dominantes dans les arènes politiques, là où se croisent décideurs publics, entrepreneurs et financiers, hauts fonctionnaires, sans oublier ces cabinets-conseils dont l'expertise informe de plus en plus les entreprises de l'administration⁵⁶. Les espaces où interagissent ces différentes catégories d'acteurs sont, pour le juriste aussi, un observatoire de choix : les orientations philosophiques prises par le discours juridique, celles-là mêmes que la technicité du droit recouvre la plupart du temps d'un voile de neutralité s'y laissent pleinement observer. Là, le droit administratif se montre comme *agent* philosophique, comme manière singulière de saisir le monde dans lequel il est à l'œuvre.

⁵¹ Voir C. LE BART et R. LEFEBVRE (dir.), *La proximité en politique. Usages, rhétoriques, pratiques*, Rennes, PUR, 2005.

⁵² Voir parmi nombre d'exemples, le traitement contentieux des mesures de police prises dans le cadre de la crise sanitaire. Sur ce dossier, voir C. ROULLIER, « Le pouvoir de police municipale face à l'ordre républicain », *Pouvoirs Locaux*, n° 118/2020, p. 13-20, et, C. REGOURD, *Les relations centre-périphérie en temps de pandémie*, in *ibid.*, n° 120/2022, p. 23-31.

⁵³ La réalité d'un « tournant des années 80 » est fortement documentée. Voir en ce sens, P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008.

⁵⁴ Voir J. CAILLOSSE, « Legitimacy in Administrative Law. A French Perspective », in M. RUFFERT (dir.), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 11-26.

⁵⁵ C'est à l'examen critique de cette thèse qu'est consacré le livre de B. STIEGLER, « *Il faut s'adapter.* » *Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2019.

⁵⁶ Voir P. FRANCE et A. VAUCHEZ, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017.

II. SUR LE RENOUVELLEMENT DU RÉPERTOIRE PHILOSOPHIQUE DU DROIT DE L'ACTION PUBLIQUE

« Depuis une quarantaine d'années, l'État s'est affaibli. Moins par le transfert de compétences vers l'Union européenne ou les collectivités territoriales que par la réduction, de ses capacités et de ses ressources en matière de conception, et de stratégie. La capacité de projection de l'État a été victime de la doxa libérale, qui a conduit à réduire, voire à sacrifier, des services d'études, de prospective, de stratégie. »

J-M. SAUVÉ, « Entretien » de l'ex-vice-président du Conseil d'État avec
Le Monde, 5 juillet 2019, p. 7

Se demander en 2023 ce qu'il en est, maintenant, de la philosophie administrative à laquelle s'offre le droit administratif – que ce soit dans ses expressions textuelles ou jurisprudentielles, ou encore dans ses mises en forme doctrinales – oblige, c'est du moins la thèse retenue ici, à *faire travailler* la notion de « changement juridique ». Une notion trop souvent prise à la légère. Ses usages les plus courants sont très loin de lui rendre justice, laissant croire à une sorte de banalité et d'évidence de ce changement. Eh bien quoi, fait-on facilement valoir, le droit change, et alors ? Ne serait-ce pas là sa raison d'être ? Il évolue fatalement avec le temps qui le traverse et auquel il ne saurait échapper, comme il lui faut s'adapter aux transformations de l'espace où il s'applique. Aussi fondés qu'ils puissent paraître, de tels constats ne nous avancent guère : une fois posés, ils laissent ouverte la seule question qui compte, relative à la nature propre du changement juridique. Les réponses habituellement données à cette interrogation sont bien connues : le changement sera imputé ici à un texte nouveau, là à un revirement de jurisprudence. Mais jusqu'où ces modifications ponctuelles de la composition du droit positif sont-elles assimilables à un *changement juridique*⁵⁷ ? Le recours à cette notion n'est-il pas alors abusif ? Ni l'avènement d'un texte introduisant un nouvel outil juridique pour répondre à un besoin social récemment reconnu, ni la relecture par le juge de sa propre jurisprudence afin de l'adapter à l'évolution des circonstances dans lesquelles elle s'est formée ne sont, en tant que tels, des événements juridiques qui permettraient d'affirmer qu'avec eux le droit change. Pour qu'il en aille autrement, il faut pouvoir constater qu'au cours d'une période déterminée qui peut être plus ou moins longue – car en cette matière, comme dans bien d'autres, le changement ne se manifeste souvent qu'au terme de « transformations silencieuses⁵⁸ » dont la perception est toujours différée –, ce sont les *codes mentaux* de la discipline juridique qui changent. Entendons par ces termes les modes de saisie juridique de la réalité, les découpages auxquels le droit procède pour organiser, classer et, pour tout dire, pour *qualifier* les faits afin de leur conférer un statut. Autant d'opérations mentales qui, pour être menées à bien, impliquent une sélection de valeurs. C'est dans l'accomplissement de ces exercices que le droit dévoile la philosophie administrative qui l'anime. Bien entendu, cette dernière peut

⁵⁷ Voir pour illustrations, la *Revue de droit d'Assas*, *Le changement du droit*, numéro spécial, n° 10/2015.

⁵⁸ Sur ce concept, voir F. JULLIEN, *Les transformations silencieuses*, Paris, Grasset, 2009.

demeurer en accord avec une longue tradition comme elle peut se poser en rupture avec elle.

Dans les développements qui vont suivre, un double objectif est poursuivi⁵⁹. Le premier suppose un retour sur la jurisprudence du Conseil d'État – du moins sur certaines de ces décisions les plus significatives. Car on voit là un juge inaugurer, en situation et à partir de cas concrets, des manières inédites de penser l'action publique. Le second objectif vise à « dégager » le substrat philosophique du droit propre à cette dernière.

A. Comment la jurisprudence a donné corps à une nouvelle philosophie administrative

Les remarques à suivre ne prétendent nullement au statut d'analyse générale de la jurisprudence. C'est dans une tout autre opération que l'on s'engage ici, à partir de quatre décisions du Conseil d'État, bien connues et amplement commentées, qui ont marqué la période 1970-2000. Il s'agit avec elles de reconstituer un « moment » décisif et proprement *inaugural* à partir duquel le juge donne forme à la réorientation intellectuelle de sa propre jurisprudence. Les quatre arrêts retenus font sens ensemble : ils ne modifient pas simplement des façons de juger, des techniques de contrôle, ils *déplacent* la pensée juridique elle-même, du moins celle qui commande le droit applicable à l'action publique.

Dans les transformations de la philosophie administrative, telles qu'elles sont révélées par la jurisprudence du Conseil d'État, un rôle déterminant revient à la décision d'Assemblée rendue le 28 mai 1971⁶⁰. Désigné sous le nom de « Ville-Nouvelle-Est », cet arrêt définit les composantes de la méthode de contrôle que résume la formule dite du *bilan coûts-avantages*. La manière dont la doctrine s'est immédiatement emparée de cette affaire ne laisse guère de doute sur son apport juridique. Pour autant, c'est à l'aide de ses outils d'analyse habituels qu'elle s'est employée à décrire le nouveau cours jurisprudentiel. Elle s'est longuement interrogée sur le partage légalité/opportunité dans l'édition des actes administratifs – en l'occurrence, une déclaration d'utilité publique –, ainsi que sur la singularité d'un contrôle par le bilan coûts-avantages au regard du contrôle éprouvé de l'erreur manifeste d'appréciation. Certains commentaires sont pourtant apparus en marge de ce registre cher aux techniciens de la juridicité. On pressent là qu'avec l'arrêt du 28 mai 1971, une tout autre partie se joue, sur le terrain de la philosophie implicite du droit administratif. C'est tout particulièrement ce qu'expose Mme Lemasurier⁶¹ : « Ce qui est nouveau, c'est le principe au nom duquel le juge se reconnaît le droit de censurer (les défaillances de

⁵⁹ Poursuivre ce double objectif ne peut évidemment garantir une saisie globale du droit administratif. La présente démonstration ne prétend donc pas à l'exhaustivité. Pour s'approcher d'une pareille ambition, il faudrait, pour le moins, s'engager dans deux directions complémentaires. En s'interrogeant tout d'abord sur les probables évolutions du droit de la responsabilité administrative, en rapport notamment avec les actuels développements du contentieux environnemental (voir en ce sens, A. VAN LANG, A. PERRIN et M. DEFFAIRI, note sous CE. 19 nov. 2020, *Commune de Grande Synthe*, et TA. Paris, 3 fév. 2021, *Asso. OXFAM France et autres, RFDA*, 2021, p. 747-785), en revenant ensuite sur l'énorme dossier de la démocratie administrative (voir J. CAILLOSSE, « La révision générale des politiques publiques et la question de l'« usager » », *RFDA*, 2013, p. 499-504.

⁶⁰ Voir ma note sous cet arrêt, in T. PERROUD, J. CAILLOSSE, J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2019, p. 363-397.

⁶¹ Voir J. LEMASURIER, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan coût-avantages » », *Mélanges M. Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 551.

l'administration) : aux libertés traditionnelles, il préfère invoquer le principe "bilan coût-avantages", reflet d'une époque dont l'idéologie évanescence s'efface devant l'économie qui décide de tout ou presque. » Certes, on peut s'en tenir à faire valoir qu'en l'occurrence le Conseil d'État passe d'un contrôle abstrait de l'utilité publique qui était alors le sien à un examen *in concreto* des usages qu'en réalise l'administration. Ainsi désignée, cette évolution sera valablement explicitée par les procédés les plus courants de l'exégèse juridique. Bref, l'outillage technique que manient habituellement les juristes fera fort bien l'affaire. Mais ce faisant, on écarte toute interrogation sur la signification du *passage* relevé plus haut. Or, il y a dans cette jurisprudence comme une dimension prémonitoire. Elle formalise un « modèle » de jugement des décisions administratives qui sort de l'espace jusqu'alors reconnu au droit pour se retrouver du côté du management. Comme si le droit se sentait à l'étroit dans l'univers mental qui était jusqu'alors le sien. Ce qui se joue là semble pouvoir être ainsi résumé : un acte administratif – il s'agit ici, rappelons-le, d'une déclaration d'utilité publique – est considéré comme légal dès lors que le bilan de l'opération qui en est l'objet peut être considéré comme globalement *rentable*. Pour cela, il a fallu procéder au déplacement des référentiels du droit : le raisonnement du juge s'ouvre au calcul. Ainsi voit-on le juge faire sienne, avant même qu'il en soit encore question, la rationalité propre à ce qu'on appellera la « gouvernance par les nombres⁶² ».

Rendue quelque temps après l'affaire Ville-Nouvelle-Est, une autre décision du même Conseil d'État mérite, elle aussi, examen. Toute entière absorbée par cet *événement* qu'a été la pratique du bilan coûts-avantages, la doctrine de l'époque ne s'est guère attardée sur l'arrêt *Ville de Sochaux* daté du 21 juillet 1971⁶³. Le raisonnement du juge n'y manque pourtant pas d'audace :

C'est, fait observer A. Homont⁶⁴, plus que d'une évolution de la jurisprudence, d'une nouvelle façon de penser qu'il s'agit. C'est la traduction contentieuse, si l'on peut dire, de l'évolution de la société tout entière. C'est, qu'on s'en félicite ou qu'on le regrette, la jurisprudence du XXI^e siècle qui est en train de se faire.

De quoi s'agit-il ? La haute juridiction affirme, sur un mode que l'on peut dire catégorique, qu'il est conforme aux exigences de l'intérêt général de vouloir satisfaire, en le faisant bénéficier d'une procédure d'expropriation, les intérêts propres « d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale ». Point de recours formel ici au bilan coûts-avantages. Mais c'est bien le même discours qu'au fond fait entendre le juge. C'est bien la même logique de rupture avec le système de représentation qui soutenait pour l'essentiel jusqu'alors l'architecture intellectuelle de notre ordonnancement juridique. L'affirmation de l'utilité n'est en rien exclusive de celle de certains intérêts privés, et l'atteinte à la propriété privée qu'implique toute expropriation peut prendre sa validité juridique hors de l'intérêt général tel que le droit le concevait jusqu'alors. On l'a dit, la solution de notre affaire ne doit a priori rien au bilan ; reste que la démarche qui y conduit nous renvoie très précisément à l'argumentation que développait le

⁶² Voir A. SUPPIOT, *La gouvernance par les nombres, Cours au collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015.

⁶³ Voir CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, *AJDA*, 1972, p. 227, note Homont.

⁶⁴ *Ibid.*

commissaire du gouvernement Braibant⁶⁵ devant l'Assemblée du Conseil d'État pour donner un fondement théorique au modèle du bilan coûts-avantages :

Il n'y a plus seulement d'un côté la puissance publique et l'intérêt général et de l'autre la propriété privée, de plus en plus fréquemment divers intérêts publics se trouvent en présence derrière les expropriants et les expropriés ; et il peut même arriver que les intérêts privés qui bénéficieront de l'expropriation pèsent plus lourd dans le processus de décision que les intérêts publics auxquels elle est susceptible de nuire.

Cette jurisprudence *Ville de Sochaux* apparaît en somme comme l'expression juridique « à la française » de ce célèbre slogan américain de ces mêmes années 1970 : pourquoi ce qui a réussi à la General Motors ne réussirait-il pas à l'État ? Voilà de quoi donner entière confirmation à cette remarque désabusée de P. Legendre⁶⁶ : « L'État est vu comme une forme d'organisation comparable à une chaîne de montage industrielle ! »

Dans le nouveau cycle où est entré le droit administratif, un autre arrêt du Conseil d'État aura été décisif : avec sa décision *Nicolo* en date du 20 octobre 1989⁶⁷, c'est tout un processus d'*européanisation* du droit que le juge va initier. Il avait jusqu'alors refusé de s'engager pleinement dans ce mouvement, en continuant de faire prévaloir sur les traités internationaux la loi française postérieure à ces derniers. Ce revirement était attendu, c'est le moins qu'on puisse en dire, par une doctrine très majoritairement acquise au credo communautaire. Avouons-le : l'affaire se prêtait aux démonstrations virtuoses, comme à chaque fois qu'il est question de démêler les problèmes liés au traitement des rapports entre des ordres juridiques différents. Mais, en l'occurrence, ce n'est pas cette approche qui sera exposée. S'il semble impératif de revenir sur cet arrêt, c'est ici encore en raison de son caractère *inaugural*. Voilà une autre décision qui compte, parce qu'avec elle le droit administratif se donne une autre rationalité. Bien sûr, elle fait évoluer la technologie juridique, mais elle réalise plus que cela. Ce qu'elle met en mouvement, c'est, peut-on dire, l'idéologie même du droit ; les valeurs et autres croyances qu'il convoque au service d'une autre cause, d'une autre vérité. En faisant sauter les derniers verrous⁶⁸ qui compromettaient l'entrée du droit administratif dans le jeu du droit communautaire, avec sa décision *Nicolo*, le Conseil d'État ouvre sa jurisprudence à de nouveaux *codes* intellectuels. Alors, il fait sienne la façon dominante de regarder la réalité sociale à travers le prisme de l'Entreprise et du Marché. Ce que les décisions précédemment évoquées avaient initié trouve ici un aboutissement, et celui-ci est à lire dans la transformation de la saisie juridique de l'État et de l'action publique. L'arrêt du 20 octobre 1989 libère un mouvement de *dénationalisation* d'un droit administratif dont il y a lieu de rappeler le vieil ancrage territorial. À compter de cette même date, la ligne de partage entre le système du droit français et celui du droit supranational s'estompe. Bref, le rattachement du droit administratif à un territoire matériellement organisé à l'intérieur de frontières ne peut plus être pensé comme constitutif de sa juridicité. Mais ce n'est pas tout, la jurisprudence issue de l'affaire *Nicolo* met également en tension une autre ligne de

⁶⁵ Voir G. BRAIBANT, concl. sur CE, Ass. 28 mai 1971, *Ville-Nouvelle-Est*, Rec., p. 409, et Rev. adm., 1971, p. 422.

⁶⁶ Voir P. LEGENDRE, *Fantômes d'État*, op. cit., p. 207.

⁶⁷ Voir CE, Ass. 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, concl. Frydmann.

⁶⁸ Le choix de cette métaphore convenue ne doit évidemment rien au hasard. Elle fait l'objet d'un gros usage dans la littérature doctrinale. Voir aussi M. AURILLAC, « Le dernier verrou de la souveraineté nationale », *Le Monde*, 3 novembre 1989.

partage significative. En acceptant de se faire juge de la loi, le Conseil d'État modifie d'anciens équilibres institutionnels dont l'ordre politique lui-même est tributaire ; en changeant sa propre place dans le système institutionnel, c'est à un nouvel État du droit administratif qu'il donne corps. On se souvient que si le juge de l'action publique se refusait à faire prévaloir les normes internationales sur la loi française, c'était pour ne pas prendre dans les montages juridiques une place qu'il estimait ne pas lui revenir⁶⁹. En faisant en 1989 un choix contraire, il prend part, à sa manière, à l'édification du nouvel État de droit que la construction européenne rend nécessaire : un État qui s'engage à contenir sa propre souveraineté, pour s'accepter pour ce qu'il est vraiment, c'est-à-dire l'un des membres d'une entité institutionnelle à laquelle il appartient pleinement mais qui le dépasse. Voilà qui clôt, dans une large mesure, une longue histoire étatique et signe l'avènement d'un nouveau monde juridique.

Dans le mouvement de bascule considéré ici, il est une autre décision à ne pas ignorer, d'autant qu'elle n'est pas elle-même sans rapport avec la jurisprudence Nicolo. L'intérêt majeur de ce jugement de Section, rendu le 3 novembre 1997 à la requête de la Société Million et Marais⁷⁰, réside en ceci : on y voit le Conseil d'État contrôler l'action normative d'acteurs publics au regard des exigences, jusqu'alors neutralisées, du droit de la concurrence, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Jusqu'à notre arrêt, l'état du droit positif était fixé par une décision du Tribunal des conflits du 6 juin 1989, connue sous le nom de *Ville de Pamiers*⁷¹. Il était alors entendu qu'à partir du moment où l'édition d'un acte administratif ne constitue pas, par lui-même, une activité de production, de distribution ou de service, il ne peut être valablement contrôlé au regard de l'ordonnance de 1986. Or, en l'occurrence, ce qui était disputé devant la juridiction administrative en 1997 concernait l'acte de dévolution d'un service public. Pareille initiative est-elle de nature à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ? À cette question, la jurisprudence *Ville de Pamiers* donnait une réponse négative. Pour cela, on admettait donc que concéder un service public et confier à un opérateur privé des droits exclusifs de gestion était une activité indifférente au droit de la concurrence. Que cette lecture de la réalité soit problématique, ce n'est pas douteux ! Il est difficile de croire que le souci d'une autorité locale d'instituer un monopole de distribution de l'eau potable ou, par exemple, de certaines prestations funéraires, sur son territoire, est sans conséquences pratiques sur les relations marchandes qui s'y développent ! Oui, mais encore faut-il ne pas oublier que nous ne sommes pas ici dans le monde « réel » des rapports économiques, mais dans celui du droit ; c'est-à-dire dans un univers fictif dont l'organisation dépend de *qualifications* juridiques. C'est par celles-ci précisément que le juge procède à un partage – lequel ne vaut bien sûr que dans le monde du droit – entre l'expérience de la pure administration et celle de la véritable entreprise. Et, ce partage, il l'établit pour bien marquer toute la singularité de la puissance publique : elle peut, en tant qu'elle est puissance publique, être soustraite à l'application de l'ordonnance de 1986. Ainsi est-il admis – autre

⁶⁹ On doit cette démonstration qui a longtemps tenu lieu de vérité juridique à Mme Questiaux dans ses conclusions sur CE. Sect. 1^{er} mars 1968, « Syndicat général des fabricants de semoules en France », *AJDA*, 1968, p. 235.

⁷⁰ En vérité, ce jour-là, ce sont trois affaires qui sont jointes pour être jugées ensemble. Voir CE. Sect. 3 nov. 1997, *Sté Yonne Funéraire* ; *Sté Interarbres* ; *Sté Million et Marais*, *RFDA*, 1997, p. 1228-1243, concl. J-H. Stahl.

⁷¹ Voir T. C. juin 1989, *Préfet de la région d'Île de France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris*, *RFDA* 1989, p. 457, concl. B. Stirn.

manière d'affirmer que l'on fait *comme si* – que l'expression juridique de cette puissance publique n'est pas de nature à fausser le jeu de la concurrence.

Éclairée par les conclusions du commissaire du gouvernement, la décision Million et Marais considère que l'ancienne partition du monde à laquelle le droit administratif classique avait tant contribué est désormais caduque et inopérante. La production juridique de l'administration cesse d'être jugée du seul point de vue de la légalité traditionnelle. Sa propre validité est aussi fonction de sa capacité à servir une libre concurrence devenue elle-même norme juridique. Certes, l'analyse de la jurisprudence montre que cette innovation n'est pas absolue. Ce qui fait date, c'est le changement d'échelle opéré en 1997 : les modes de jugement selon le droit se font raisonnement économique, alors même que l'administration contrôlée agit juridiquement et non pas en forme d'entreprise. En bref, le modèle si cher au droit communautaire de la libre concurrence de marché devient applicable et opposable à la production normative de l'administration. Telle était d'ailleurs la thèse défendue par le commissaire du gouvernement J.-H. Stahl devant la Section du Conseil d'État : il convient, affirmait-il, de « découvrir les voies d'une prise en compte du droit de la concurrence dans le droit des services publics et plus généralement dans le droit administratif français ».

B. Comment une nouvelle philosophie administrative a transformé le droit administratif

Pris au pied de la lettre, ce titre affiche une ambition démesurée, pour le moins difficile à satisfaire dans l'espace du présent article ! L'énoncé retenu ne peut qu'indiquer une orientation générale à suivre. On ne saurait ici parler pour le tout du droit administratif et l'ensemble des transformations qui le traversent. Pour décrire cette dynamique, on s'arrêtera sur deux mouvements d'idées : ils n'ont pas seulement fait sortir le droit administratif de son univers mental, ils lui ont apporté les matériaux théoriques nécessaires à la fabrication d'un récit nouveau. Ainsi en est-il avec le processus de déconstruction de l'espace-temps dans lequel et pour lequel notre droit s'était construit ; ainsi en est-il aussi avec cette entreprise au long cours engagée pour saper les résistances que ce même droit oppose à la logique marchande.

1. La déconstruction de l'espace-temps du droit administratif

Aussi convenue puisse-t-elle sembler, cette problématique doit être ici sollicitée. Après tout, ce que l'État peut attendre de son droit administratif, c'est aussi la garantie de certains repères spatiaux et temporels pour l'action publique. De fait, ce droit participe tant à la scansion du temps qu'au balisage de l'espace administratif ; il réglemente durées et périmètres de l'action publique. Tributaire du programme néo-libéral, et tout spécialement de « l'accélération du réel » comme le dit P. Virilio⁷², que l'on doit tout à la fois au culte contemporain de la vitesse et aux injonctions de la mondialisation, le droit de l'action publique se déploie sur un territoire en mouvements privé de ses vieux repères nationaux. Au fond, c'est de l'évolution concomitante de ces deux paramètres, l'espace et le temps de l'administration, que dépend largement la problématique du changement juridique.

⁷² Voir P. VIRILIO, *L'administration de la peur*, Paris, Textuel, 2010, p. 21 et p. 32.

Reprenons donc cette idée d'accélération du réel dont on sait qu'elle a été fortement investie par les sciences sociales⁷³. Sa déclinaison en droit est multiple et d'une grande diversité. On en retiendra surtout qu'elle agit directement sur notre perception de ce qui est juridiquement *efficace*. Pour ce qui concerne le droit administratif, la question de son adaptation à la nouvelle temporalité a tout d'abord visé le temps lent de la justice administrative. La grande réforme du contentieux mise en débat au milieu des années 1980 a d'emblée été placée sous le signe de l'accélération⁷⁴. Mais ce n'est là qu'un aspect parmi d'autres d'un phénomène plus général : la transformation en profondeur de la philosophie administrative implicite du droit de l'action publique. Pour n'être pas en déphasage aggravé avec une réalité sur laquelle il est censé agir, le droit change de *texture*. Confronté à un environnement en mutation accélérée, il adapte ses modes d'appréhension de la réalité, en relativisant ses propres prétentions à la faire changer. Il cesse de vouloir se saisir des faits et situations à l'aide de règles posées de manière unilatérale. Plutôt que de produire du commandement, il se recompose du côté de la recommandation. Au lieu de tendre à s'imposer par la force, fût-elle symbolique, il essaye de se faire comprendre en souplesse⁷⁵. Mais ce n'est pas tout : si les producteurs du droit de l'action publique continuent de proclamer des principes, ils sont tentés d'en limiter la rigueur par des dérogations. Et puis comme le montrent les études de science administrative et les analyses de politiques publiques, la voie conventionnelle est de plus en plus empruntée pour la conduite de l'action publique.

C'est donc bien de texture qu'il faut parler. Pour demeurer crédible, notamment face au management⁷⁶, une juridicité repensée a intégré des valeurs nouvelles ; son rapport à la réalité se veut plus souple. Mais pour répondre aux exigences de la nouvelle temporalité, les jeux avec et sur les techniques juridiques ne suffisent pas. Ce sont aussi les catégories de l'entendement juridique qui sont mises à l'épreuve. Il en est ainsi, par exemple, avec le droit si sollicité de l'expropriation : on voit là comment la notion d'utilité publique sert désormais le souci de la *vitesse* ; ne vient-elle pas donner fondement juridique et légitimité à des travaux d'équipement et d'aménagement (autoroutes, lignes de TGV, aéroports, etc.) qui ont en commun une même justification, celle des gains de temps ?

Nul besoin d'artifice, on en conviendra, pour passer de la temporalité à la géographie du droit. L'examen de la première conduit forcément à celui de la seconde. Que l'on soit entré depuis les années 1980 – cette césure n'en finit donc pas de s'imposer ! – dans un nouveau cycle juridique, les rapports qu'entretiennent désormais territoire(s) et droit de l'action publique en sont une expression de plus. La raison du nouveau se trouve en l'occurrence tant dans l'effacement des *frontières* nationales que dans la revalorisation du « local » que traduisent les politiques de décentralisation ; même là où elles restent l'affaire d'un Centre toujours agi par sa propre histoire, et d'autant plus soucieux de garder la maîtrise du Territoire unitaire du droit qu'il lui a fallu céder sur les territoires décentralisés de l'action

⁷³ Voir notamment H. ROSA, *L'accélération. Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, et, P. VIRILIO, *Le Grand Accélérateur*, Paris, Galilée, 2010.

⁷⁴ Voir les déclarations du vice-président du Conseil d'État de l'époque, P. Nicolaÿ, à A. Passeron, pour *Le Monde* du 2 avril 1985. Elles sont publiées sous le titre : *La réforme du Conseil d'État va accélérer la justice administrative*.

⁷⁵ Voir Conseil d'État, *Étude annuelle 2013, Le droit souple*, Paris, La doc. française, 2013.

⁷⁶ Sur cette compétition, voir J. CAILLOSSE, « Les institutions publiques entre droit et management », in I. HUAULT (dir.), *Institutions et gestion*, Paris, Vuibert, 2004, p. 165-186.

publique. Mais qu'importe : il y a dans les valeurs qu'affiche à présent le droit de l'action publique, comme dans les représentations du territoire à partir desquelles il s'est redéployé, l'affirmation d'une nouvelle philosophie administrative.

Il peut en être rendu compte de deux manières. La première concerne le vieux fond *nationaliste* dont le droit administratif « classique » est resté longtemps tributaire. Il n'a pas résisté à la dynamique de la globalisation dans laquelle s'est inscrite la construction européenne. L'affaire Nicolo précédemment évoquée a eu un effet certain de *déverrouillage* sur lequel il n'est guère besoin de revenir. Aujourd'hui, d'aucuns voient même se constituer un « droit administratif global⁷⁷ ». S'il est permis de montrer quelque réserve face à cette théorisation⁷⁸, elle n'est pas moins significative des mutations enregistrées par une « doctrine » administrative à laquelle le droit positif donne traduction. Mais il est une autre métamorphose décisive. On la doit au cheminement de l'idée de *différenciation* territoriale qui semble devoir s'imposer comme une composante logique de l'expérience pratique de la décentralisation. La notion n'est certes pas dépourvue d'ambiguïté, ne serait-ce qu'en raison des types de différence recherchés qui peuvent impliquer les institutions ou les normes ou l'ensemble de celles-ci, mais, avec elle, c'est comme la fin d'une époque qui est en cours de programmation. Une époque pendant laquelle s'est imposée la fameuse « Bureaucratie patriote » dont parle P. Legendre selon qui, « le patriotisme signifie, nous le savons, l'amour de l'unité, la loi simple d'une rationnelle uniformité, l'intérêt du grand tout national⁷⁹ ». Là s'amorce un nouveau *récit* : si l'État a longtemps puisé sa force en luttant sans relâche contre les différences, le voilà maintenant résolu à les instituer afin d'y mobiliser les ressources d'une nouvelle légitimité.

2. L'érosion des résistances du droit administratif à la logique marchande

On touche très certainement ici au cœur même du sujet. Écrit dans le milieu des années 1970, le texte suivant⁸⁰ nous en donne l'assurance :

La théorie juridique offre une précision capitale en opposant le système du droit administratif au droit privé. Les hantises de la doctrine là-dessus peuvent apparaître, elles aussi, énigmatiques à ceux qui n'ont jamais circulé dans le dédale de cette scolastique remarquablement subtile et se renforçant sans cesse. Il est cependant assez facile d'en identifier le sens, par un bref résumé de tout cet effort de classement. Du côté droit public, on range les choses sublimes, les buts sociaux les plus nobles, la fonction de désintéressement, ce que sommairement les juristes décorent parfois du nom d'intérêt général. La moindre sociographie démontre l'énormité du quiproquo inclus en cette division. Mais, juridiquement, c'est absolument vrai : là où s'inscrit l'État et où s'instaure l'administration, on travaille au salut d'une humanité massive et indistincte. L'État nous aime sans faille, il ne fait que ça, nous aimer ; il est du côté du Bien, toujours. Sa tâche est l'amour universel, à l'adresse de ses sujets. Le service public stipule cette

⁷⁷ Le sujet a été notamment traité lors d'un colloque de l'AFDA, à Nanterre, en décembre 2018. Les actes de cette rencontre ont été publiés par la RFDA dans ses livraisons 5 et 6/2019.

⁷⁸ Voir J. CAILLOSSE, « Éléments de conclusion : à propos du "droit administratif global" », in P. GONOD et H. ASCENSIO (dir.), *Les principes communs de la procédure administrative : essai d'identification*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 219-234.

⁷⁹ Voir P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif », art. cité, p. 587.

⁸⁰ Voir P. LEGENDRE, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, op.cit., p. 169.

fantasmagorie : *l'oblativité de l'État*. À l'inverse, côté droit privé, règne le commerce sous toutes ses formes.

Que nous reste-t-il aujourd'hui de ce grand partage, dans les termes où il pouvait alors être « fantasmé » ? La réponse à cette question donne la mesure des transformations qu'a connues la philosophie administrative telle qu'elle est portée par le droit administratif. Il serait assurément difficile de prétendre que la Bureaucratie des temps actuels continue de se reconnaître dans la représentation de l'univers juridique donnée par l'auteur ! C'est que pour atteindre les hauteurs de l'intérêt général, il n'est aujourd'hui nullement besoin de suivre les voies désignées par les montages anciens du droit administratif. Comme le relevait en 2013 J.-M. Sauvé⁸¹ : « L'État, s'il est le principal promoteur et garant de l'intérêt général, n'en est toutefois pas le seul. » Voilà quelque temps déjà que dans les milieux politico/administratifs auxquels se référait P. Legendre, on s'est tourné vers des vérités contre lesquelles le droit administratif s'était précisément construit. C'est le cas pour cette idée selon laquelle le droit du marché devrait être considéré comme un dispositif privilégié de réalisation de l'intérêt général. L'État lui-même ne se présente-t-il pas complaisamment comme le promoteur d'une « *Start-up Nation* » ? Confortés par la décentralisation, nombre de grands élus locaux ne se sont-ils pas affichés comme managers de villes-entreprises ? La place attribuée aux cabinets d'affaires jusque dans l'élaboration même des politiques publiques n'est-elle pas un autre signe de la grande transformation en cours⁸² ?

À présent, c'est bien l'ordre que garantissait le droit administratif – celui dont il est question dans le texte précité – qui se trouve en cours de déconstruction, car les conceptions néo-libérales de l'action publique impliquent l'adaptation du droit aux exigences de la marchandise et de l'échange marchand⁸³. La logique du « marché total⁸⁴ », stimulée par la construction européenne et la globalisation, s'accommode mal de ces « zones de résistance » que laisse subsister un droit dont le système de valeurs est essentiellement conçu pour le seul service de l'intérêt général, c'est-à-dire pour soutenir des activités soustraites à la raison du marché. Dorénavant, le droit administratif – car c'est ainsi qu'on continue de l'appeler – est appelé lui aussi à partager et faire partager cette croyance selon laquelle le marché concurrentiel constitue la seule expérience où s'accomplissent de façon satisfaisante l'allocation et la distribution des ressources. Ce droit, il faut l'écouter parler pour percevoir son changement de registre : il s'est mis lui aussi à pratiquer la langue du capitalisme néo-libéral, laquelle passe donc par ses mots. Son lexique, à l'image de celui du droit de l'Union européenne, est de plus en plus indexé sur celui du Marché. Cheminant à son tour dans cette langue qu'il habite autant qu'elle

⁸¹ Voir son article « Les ressources de la culture politique française » précité de la revue *Esprit*, p. 66. Écoutons, à des fins de comparaison, ce que déclarait, en son temps, le Président Pompidou devant le Conseil d'État, le 27 janvier 1970 : « Seul l'État, par les organes constitutionnels que la nation lui a elle-même directement donnés, peut avoir de l'intérêt général une vision complète et désintéressée ; seul un pouvoir fort, librement désigné et accepté, peut aujourd'hui préserver le bien de tous contre des appétits particuliers et contradictoires. », voir *Le Monde*, 29 avril 1970. Voir aussi J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, Paris, Dalloz, 1998, p. 327-333.

⁸² Voir P. FRANCE et A. VAUCHEZ, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, op. cit.

⁸³ Notons-le. Cette idée qu'« il faut gouverner pour le marché, plutôt que gouverner à cause du marché » n'est pas neuve, comme le montre Foucault dans son *Cours au Collège de France sur la Naissance de la biopolitique* (Paris, Gallimard, Seuil, 2004, p. 125) ; elle circule largement dès les XVII^e et XVIII^e siècles.

⁸⁴ Voir A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise*, op. cit., p. 25.

l'habite, il s'est chargé de concurrence et d'évaluation, de gouvernance et de performance, de régulation et de rendement ; il s'est insensiblement déporté du côté du management et du « tout contractuel⁸⁵ ». C'est ainsi que les valeurs qui faisaient la marque du droit administratif finissent par être vécues comme autant d'obstacles à la transformation marchande des rapports sociaux. « Maintenant [qu']on est devant l'invasion de la gestion et le despotisme des marchés⁸⁶ », force est d'organiser le *repli* du droit public de l'administration pour faire place au droit de l'économie concurrentielle de marché ! Telle est bien la fonction dont le droit actuel de l'action publique est en charge : il lui revient de se constituer en élément à part entière d'un nouveau modèle de développement auquel il fournit l'ingénierie juridique nécessaire à son fonctionnement.

*
**

Avec les métamorphoses qui viennent d'être décrites, c'est à un nouvel état du droit de l'action publique que l'on a accès. La transformation ainsi accomplie du droit administratif est-elle pour autant totale et définitive ? On devra se garder d'une appréciation aussi globale. L'examen du droit positif – notamment depuis la dernière crise sanitaire – montre que ses formes désormais dominantes s'imposent sans parvenir à totalement neutraliser la *matrice* dont elles procèdent. La période critique que nous traversons donne manifestement de bonnes raisons de puiser dans l'*héritage* du droit administratif. Voyez par exemple comment l'État de police se « renouvelle » en tirant parti de cette mémoire⁸⁷. Pensons aussi à la manière dont les expressions juridiques que prend aujourd'hui l'intervention de l'État dans l'économie réactivent la mémoire d'un droit public économique que le droit public des affaires cherche à faire oublier⁸⁸. Il faut croire que « la grande aventure française du service public », pour le dire à la façon de P. Legendre⁸⁹, n'est toujours pas achevée.

À la suite de ces trop brèves remarques, c'est, à n'en pas douter, toute une autre thèse qu'il faudrait développer : le corpus monumental du droit administratif n'a jamais été d'un seul bloc ; il a toujours été, bien au contraire, un matériau *composé*, fait des nombreuses strates que son histoire a générées en les superposant, sans faire disparaître les plus anciennes dont les empreintes sont conservées. En somme, le droit administratif – en tout cas, certaines de ses « machines » les plus édifiantes – semble capable d'exister au-delà de sa propre histoire ! Toujours est-il qu'il nous faut désormais apprendre à considérer le nouveau droit de l'action publique comme un nouvel avatar, le dernier en date, du droit administratif.

⁸⁵ Voir J. CAILLOSSE, « Interrogations méthodologiques sur le “tournant” contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du prof. M. Guibal*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. 2, p. 469-492.

⁸⁶ Voir P. LEGENDRE, *Vues éparses*, *op. cit.*, p. 157.

⁸⁷ Il serait ici judicieux de faire retour sur le contentieux issu de la mise en œuvre de régimes d'exception. Les juristes gagneraient sans doute à prendre au sérieux ce mot de P. Virilio (*L'administration de la peur*, Paris, Textuel, 2010, p. 93) : « De nos jours le droit est soumis à l'état d'urgence permanent. » Voir aussi G. AGAMBEN, *État d'exception*, Paris, Seuil, 2003.

⁸⁸ Voir en illustration de cette idée la livraison n° 152, novembre 2020 de la RFFP, et J. CHEVALLIER, *L'État en France entre déconstruction et réinvention*, Paris, Gallimard, 2023.

⁸⁹ Voir P. LEGENDRE, *Fantômes de l'État en France*, *op. cit.*, p. 205.

*
**

Aucune conclusion des développements précédents ne me semblant s'imposer absolument, je me bornerai donc, pour leur donner une fin, à exposer deux thèses sur le droit administratif dont dépend l'économie interne du texte qu'on vient de lire. L'une est d'ordre méthodologique et peut s'énoncer ainsi : ce que l'on appelle le droit administratif ne peut être considéré comme un simple compartiment, parmi tant d'autres, du droit positif ; partie intégrante des ressources constitutives de la culture politique française, il participe de ce que C. Castoriadis appelait « l'institution imaginaire de la société⁹⁰ ». L'autre thèse intéresse la force du droit, son aptitude à produire des effets de réalité. S'agissant du droit administratif, son efficacité matérielle est, chacun le sait, grandement servie par l'« héritage » institutionnel dont il bénéficie. On désigne surtout ainsi l'ensemble du réseau des juridictions administratives qui assurent l'usage et la reproduction de ce droit et, plus spécialement encore, le Conseil d'État qui est en charge de sa défense et de sa promotion, qu'elle soit spécifiquement juridique ou de nature intellectuelle⁹¹. Mais au-delà de cette puissante assise institutionnelle, la capacité du droit administratif français à nous faire voir et entendre l'administration procède encore d'une peu banale propriété : s'être constitué en une « machine à penser » tout à la fois son propre *effacement* – il se fait alors « droit de l'action publique » – et son incessante *réaffirmation*.

Jacques Caillosse

| Professeur émérite de l'Université Paris Panthéon-Assas. Cersa-Cnrs.

⁹⁰ Voir C. CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Le Seuil, 1975.

⁹¹ À propos de cette fonction particulière du Conseil qui fait de lui une sorte d'« intellectuel organique » de l'État, voir J. CAILLOSSE, *Le discours de la réforme administrative : de quelle réforme administrative le Rapport public annuel du conseil d'État dessine-t-il les contours ?*, in P. MBONGO et O. RENAUDIE (dir.), *Le Rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, Cujas, 2010, p. 125-144.

2. Métamorphoses de l'Administration

Pierre Legendre

Préface au Trésor historique de l'État en France, t. 2 L'État et la foi nationale : le bagage des preuves

PRÉFACE DE L'ÉDITION DE 2023 (RÉDIGÉE EN AOÛT 2022, P. 5-6)*

Un exemplaire du volume d'accompagnement, rescapé du pilon, tomba par hasard entre les mains de mes amis cinéastes. Une réserve de scénarios ! Redécouvrant ce recueil de textes, documents, rapports, etc. passés à la trappe, je suivis le conseil de réanimer le revenant à travers une vie littéraire. Les temps sont aujourd'hui propices.

Le témoignage des traces laissées par les innombrables manières de faire vivre les productions de cet État centraliste atteste la résistance d'un matériau institutionnel capable d'affronter les assauts. Il s'est montré, par sa tradition propre, aussi compétitif que le système de la Couronne britannique dont la devanture médiévale est un trompe-l'œil.

Ne m'étant jamais attardé sur les rhéteurs du Mal français, je m'en tiens à la réalité des pratiques et leur portée historique. Écritures officielles, critiques et projets de réformes abouties ou non, expertises, science des contrôles, etc., tout cela fait partie d'une *transmission ininterrompue de la signification, traversant les tumultes*. Nous voici devant le *paysage administratif* façonné par des générations de tâcherons que recouvre (*sic*) d'abstraites formules telles que *fonction publique, service de l'État*. Jour après jour, le peuple français, que le jargon à la mode appelle les gens, sait d'instinct ce dont il s'agit.

Faire tenir debout un État, dans le cas de notre pays au relief géographique si varié et aux populations attachées à des coutumes originaires si disparates, exigea non seulement la main de fer d'un *Centre*, mais la croyance en cette forme d'*Unité* que nous appelons *Nation*.

La mémoire latine — du verbe *nascor* qui désigne la naissance — enseigne la foi en la vie, autant dire l'appartenance généalogique à une certaine forme étatique. Cela met en relief le thème familier : enfants de la Patrie... qu'ils soient, selon l'ancienne formule normande *nés natifs* d'un lieu, ou nés par adoption ! Et souvenons-nous de l'étagage catholique de cette Nation sous la Monarchie. Marquage indélébile de nos Républiques successives.

Ce volume d'accompagnement ressemble à une séquence de prises de vue cinématographiques. Panorama d'un fourmillement de discours et de pratiques, d'un temps à l'autre : « du XVIII^e siècle à nos jours ». Nous visionnons l'Administration publique, vécue par la Nation française.

* Ce premier texte est la préface de la réédition du livre de Pierre Legendre, *L'Administration du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1969, qui est la suite, en documents, de *L'Histoire de l'Administration en France de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1968.

Pêle-mêle à valeur bien concrète : de l'arrêté ministériel pompeux qui nomme le concierge du ministère de l'Intérieur en 1865... à l'article de Léon Blum en 1917 exposant sa vision d'un chef de gouvernement, monarque temporaire. Exemples révélateurs du puzzle.

J'ai jugé superflu d'ajouter à cet écrit. Car, pourquoi surcharger ce Bagage de preuves ?

Néanmoins je cède à la tentation, en évoquant un dossier (dont je n'ai plus la cote) engrangé par les Archives départementales de Rennes. Récit d'un transport d'orphelins bretonnes pour les marier à des soldats-laboureurs en Algérie après la conquête de 1830. Sur place se déroule une cérémonie dirigée par l'Administration militaire. Jeunes femmes et soldats alignés se font face, le commandement procède par appel des noms : à chacune un mari, à chacun une épouse. Ainsi s'accomplit le projet saint-simonien d'implantation démographique de la France sur l'autre rive...

Selon un conseil amical, je publie aussi l'ancienne Préface, destinée à un public d'étudiants. Il en sera de même pour le volume suivant.

PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION, 1969 (P. 11-13)

Cette anthologie fixe une manière de voir. Au long d'un enseignement où furent mises à l'épreuve la crédulité si naturelle à l'auditeur et la naïveté de mon discours, plusieurs reconnurent avec moi le prix élevé de la liberté pédagogique. Jeunes gens, tâchez de conserver le souvenir de cette vérité politique: la tyrannie professorale s'entretenait de victimes consentantes. L'enseignant non conforme était hier tenu pour un extravagant. J'avoue mon scepticisme devant les soudaines conversions, dont on fait état aujourd'hui ; les quiproquos se renouvellent et les archaïsmes auront la vie dure. Comment, dans nos désolantes et prétentieuses Universités, convaincre de l'inutile dressage à transcrire les verba magistri, éviter le réflexe de la récitation finale en cette langue accablée des examens, aider tant d'étudiants à surmonter une espèce de crainte à l'égard des livres ? Comment aussi convaincre une masse de catéchisés, affranchis par simulacres, de la loi du travail : la compréhension des processus sociaux, politiques, juridiques, s'obtient non comme un cadeau des dieux, mais au terme de pénibles efforts personnels, sans cesse recommencés ? La formation se perd en recettes. Beaucoup hélas, peu instruits des mécanismes institutionnels de la paresse d'esprit, croient aux vertus de la lecture forcée, de l'érudition innocente déversée à l'occasion des séances dites de travaux pratiques ou dirigés, au cours desquelles le groupe docile s'ennuie au spectacle d'un tel qui, ce jour-là, s'entraîne à faire le savant ; cette mise en scène, trop souvent reproduite, ne fait qu'entretenir la sclérose, sans inciter nos élèves à la libre lecture, la libre enquête, la libre réflexion. Il faudrait, pour un vrai progrès, réviser fondamentalement les conceptions et pratiques françaises en matière de bibliothèques, transformer radicalement l'enseignement historique dans nos Facultés de Droit ; sur ce dernier point, l'innovation demeure suspecte, aux yeux des sceptiques et des hostiles, si nombreux parmi les historiens.

Ce recueil, illustrant pour une part mon Histoire de l'Administration, n'a donc pas d'obscures intentions : mettre en réserve une documentation disparate pour les besoins d'une cause perdue, exposer ce qu'il faut croire pour être sauvé à l'examen, mâcher la besogne de qui que ce soit. Ces extraits, qui s'adressent avant tout à l'étudiant avancé, veulent l'inciter à choisir lui-même ses textes exemplaires et, par la variété des points de vue, lui suggérer de découvrir seul et en dehors de ce Manuel tout document digne d'intérêt, de son intérêt. On lui propose ici d'apprendre à observer, à revenir sur ses jugements, quelques sujets d'étude approfondie, une gamme étendue de références, afin de mieux saisir l'intensité historique des temps actuels. Qu'il s'efforce ainsi de déchiffrer les réalités administratives, si fondamentales dans la France, l'Europe et le monde contemporains.

Tel est le sens de l'entreprise ; aider à comprendre l'organisation d'une société, la nôtre, sur le second versant du XX^e siècle, alors que l'entraînement vers l'inconnu des forces nouvelles et d'une prodigieuse puissance. Reconnaître les poussées contraires, apprécier la complexité des problèmes posés sur les principaux fronts du changement, distinguer le neuf et l'ancien, la révolution et la conservation, tous ces exercices sont à la charge de l'historien des institutions administratives. Dans les difficultés où se débat la sociologie française, encore insuffisamment libérée de ses pontifes, un nouveau style d'interrogation sur l'État se cherche. Sans la scandaleuse indifférence de nombreux juristes, historiens ou publicistes consacrés, les ci-devant Facultés de Droit auraient plus largement contribué à renouveler les interprétations ; à moins de retourner à leur vocation napoléonienne d'établissements purement techniques, elles peuvent encore beaucoup apporter.

À l'occasion de cet ouvrage, des documents nouveaux, puisés en quelques riches fonds d'archives, s'ajoutent à des textes fort classiques, mais dispersés ; pour appuyer

le trait et surtout attirer les jeunes esprits vers la lecture des devanciers, qui n'étaient ni des enfants ni des idiots, quelques pages oubliées ou introuvables ont été jugées bienvenues. Cependant, il n'a pas paru nécessaire d'accumuler les transcriptions de textes classiques, fort importants certes, mais faciles à découvrir dans les collections ou recueils anciens, bien connus des juristes. Ce livre constitue finalement une glane, une Somme de questions selon la belle formule des glossateurs. Les proportions modestes garantissent ma bonne foi en fait d'encyclopédisme. Je ne prétends pas non plus à l'objectivité dans le tri, car tous les choix sont discutables. Enfin, dans le but de clarifier et de souligner l'importance de certains problèmes, non par manie du classement, j'ai cru bon d'éviter le « fourre-tout » en soumettant l'ensemble aux étroitesse d'un plan, qui vise à distribuer les textes non pas catégoriquement, mais en laissant s'instaurer un doute salutaire devant la diversité des sources, tant de styles disparates, l'enchevêtrement des problèmes ; je souhaite à quelques-uns, maîtres ou clercs, de réapprendre les vertus de la perplexité.

Un dernier mot, sur la chicane académique. Je persiste en mon ancienne opinion : l'histoire institutionnelle n'est pas une langue morte, puisqu'on la parle parmi les technocrates. Propriétaires de l'agrégation, habiles rédacteurs de programmes surannés, vos refus, vos subtiles pressions pour tenter le va-tout d'une Restauration, vos censures, discrètes aujourd'hui, sont d'une facture classique tout comme les votes par lesquels hier vos compagnies excommuniaient avec ostentation l'hérétique. Le glacis de vos clientèles, la puissance de vos corporations et cette union sacrée autour de l'Alma Mater outragée nous reportent à la France de toujours, peu accueillante aux novateurs, si modestes qu'ils soient. Vos défenses magistrales sont dérisoires contre la poussée formidable, le gigantisme des évolutions en ce siècle. Demain, d'ailleurs, vous serez ralliés. Notre organisation, héritière des archaïques monarchies, présente des données particulières, qui doivent être étudiées en conséquence ; c'est pourquoi je préconise de concevoir l'histoire de notre Administration, force essentielle de gravitations sous-analysées, comme la mécanique d'un développement institutionnel typique depuis le grand ébranlement de la révolution industrielle. Au regard de telles hypothèses, la suffisance des docteurs elle-même témoigne de la portée des survivances et des inéluctables dénouements.

Pierre Legendre (1930-2023)

Agrégé d'histoire du droit, professeur émérite de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur d'études émérite de l'EPHE.

Bertrand de Jouvenel

**L'« Esprit de la Nation française révélé
par ses structures ».**

L'Histoire de l'administration lue par Bertrand de Jouvenel*

PRÉFACE À LA RÉÉDITION DE L'HISTOIRE DE L'ADMINISTRATION

10 avril [19]69

Monsieur et cher Collègue,
vous avez lieu de me juger très discourtois puisque j'ai laissé sans réponse, depuis plusieurs mois, le très aimable envoi de votre « Esprit de la Nation française révélé par ses structures ».

C'est en effet un titre de ce genre qui me paraîtrait convenir à votre Histoire de l'Administration (française) La relisant à la faveur de l'interruption pascale, j'y ai trouvé un éclairage qui nonobstant l'extrême contraste des formes, s'apparentait à celui que Giraudoux, dans Bella, a apporté à l'égard de notre politique étrangère. Tout compte fait, l'attitude de Rebendart constitue la meilleure (hélas) référence pour l'intelligence et la prévision de la politique extérieure française.

Or ce qui fait l'originalité de votre ouvrage, c'est que vous dégagiez ces constantes psychologiques qui se manifestent dans nos structures administratives, et qui impriment immédiatement un caractère tâillon, vieillot, désuet, aux formations nouvelles.

J'ai goûté ce caractère philosophique de l'ouvrage (ce n'est pas sans motif d'affinité que vous citez Cournot) et je me suis félicité en le goûtant à loisir lors de ma relecture, de ne vous avoir point écrit plus tôt.

Je n'avais point tardé à lire votre livre. Au contraire je m'étais, comme on dit, « jeté sur lui », sitôt arrivé entre mes mains. Mais justement cette hâte, ou plutôt son principe, avait fait de moi un très mauvais lecteur.

À vous parler franc, ce livre m'a d'abord déçu... par sa hauteur de vues. J'attendais comme un film de croissance anatomique de l'Administration, mettant en lumière chaque naissance de Ministère, voire de Direction, en signalant l'occasion, montrant les nouveaux rapports intra et extra-administratifs en résultant. Enfin une série de « coupes » montrant d'une époque à une autre, les changements de volume et structure de l'ensemble administratif.

* Lettre dactylographiée de Bertrand de Jouvenel adressée à Pierre Legendre en date du 10 avril 1969. Archives privées Pierre Legendre.

C'est une expérience psychologique commune que l'on est déçu si, croyant boire du cidre on rencontre le goût inopiné du champagne. C'est là ce qui m'est arrivé à la première lecture. Votre livre n'était pas celui que j'avais attendu.

Et c'est cela même qui a fait son charme à la seconde lecture. Car au lieu de regretter alors qu'il ne m'apportât pas les informations concrètes que j'avais attendues, je lui ai été reconnaissant de m'apporter toute sorte de réflexions inattendues et importantes.

C'est ainsi que, persistant d'ailleurs à sentir le besoin d'un ouvrage plus pédestre, plus terre-à-terre, je viens vous féliciter d'avoir écrit un livre qui se situe à un tout autre plan, l'étude des caractères politiques de la Nation et de leurs effets sur les structures de l'appareil public.

Veillez agréer, Monsieur et cher Collègue, l'expression de mes sentiments de sincère estime et de mon désir de faire la connaissance d'un esprit avec lequel je suis entré en profitable contact par cette lecture.

Bertrand de Jouvenel (1903-1987)

Philosophe, économiste, politologue, juriste, journaliste et écrivain, Bertrand de Jouvenel est l'un des théoriciens pionniers de la prospective en France. Il est également le fondateur de la revue *Futuribles*.

Sabino Cassese

Préface à la traduction italienne de

*L'histoire de l'Administration en France de 1750 à nos jours**

Lorsqu'il est arrivé en France il y a dix ans, ce livre a été une expérience importante. Il s'est immédiatement distingué pour au moins trois ou quatre raisons. Parce qu'il constituait une application intéressante à l'administration d'un type d'historiographie non descriptive, jusqu'alors répandue dans d'autres domaines. Parce qu'il contenait un mélange bien ordonné de points de vue (historique, juridique, économique, géographique, linguistique, psychanalytique, etc.), fusionnés dans une présentation à la française, où le souci de la géométrie domine. Car il comportait à bien des égards (je ne me souviens que de l'intérêt pour l'architecture des bâtiments administratifs) une visite des zones frontalières. C'était donc le signe d'une redécouverte de la communion des savoirs disciplinaires. Pour comprendre pourquoi, dans le panorama de l'époque, il s'agissait d'un ouvrage à tous points de vue « singulier », il faut noter qu'il est écrit dans un style affirmatif, qui ne cherche pas à convaincre, mais auquel n'échappent pas des détails importants, riches en citations éclairantes à des points stratégiques et écrit de manière évocatrice, avec une abondance de figures rhétoriques : « un ouvrage où on ne sait pas s'abstenir des phrases qui démontrent du savoir, du brillant, de la facilité. »

Il faut d'ailleurs noter que l'*Histoire [de l'administration]* de Legendre est une synthèse réalisée dans un domaine où des champs entiers manquent d'ouvrages de base. L'auteur lui-même s'était auparavant essayé à des travaux particuliers (par exemple l'étude sur « Domat, théoricien de l'État-Gendarme », publiée en 1966 dans les *Annales de la Faculté de droit de Lille*) et à des travaux d'ensemble (par exemple « l'Histoire de la pensée administrative », dans le *Traité de science administrative* de 1966). Mais, en 1968, il était difficile d'imaginer qu'un seul chercheur puisse s'attaquer aux neuf derniers siècles de l'histoire administrative française.

Nous sommes en « 68 » et l'auteur destine son écrit à l'une des plus célèbres collections de manuels. Erreur de l'auteur, qui n'a pas compris les temps nouveaux, ou contradiction entre le texte et son destin ? Debbasch, dans sa critique du livre, note : « son livre tient de l'essai, point du manuel. » L'auteur, dans le court « avant-propos », expliquait ses intentions : il est vrai que les manuels correspondent à un type de pédagogie scolaire ; mais il faut « parvenir à de nouveaux types de synthèse » : « embrasser tous les plans, intégrer les dissemblances, combiner plusieurs interprétations de l'objet, en un mot "Casser" la perception classique. »

* In P. LEGENDRE, *Stato e società in Francia. Dallo stato paterno allo stato-providenza: storia dell'amministrazione dal 1750 ai giorni nostri*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978, p. IX-XVIII.

Conformément à ce programme, l'auteur a publié, à peine un an plus tard, dans la collection « Textes et documents » du même éditeur, une anthologie intitulée *L'administration du XVIII^e siècle à nos jours*, rédigée en partie pour illustrer le volume historique. Dans sa préface, il rappelle que la formation ne doit pas se perdre dans les recettes et que l'anthologie doit servir à faire écho à la variété des points de vue et à « réapprendre les vertus de la perplexité ».

Lors de sa parution, l'histoire a été saluée comme un « ouvrage pionnier », un ouvrage « insolite », le « premier grand traité d'histoire administrative », un « outil exceptionnel ». La méthode « très personnelle », l'abondante documentation, le recours à une large culture, l'originalité des réflexions, la richesse des citations, des allusions et des évocations, l'écriture subjective ont été appréciés. Mais personne n'est allé au-delà de ces premiers commentaires, ni des thèses souvent originales, ni de l'approche et de l'agencement inédits de la matière.

Il y avait probablement, devant la synthèse de Legendre, une perplexité due à la méthode adoptée. Dans ce grand ouvrage historique, pas une page ne reprend le vieux cliché de l'historiographie comme narration, comme *historia rerum gestarum*. Elle est remplacée par une analyse, par des problèmes, des aspects et des moments clés.

L'adoption d'une historiographie non descriptive est non seulement conforme aux enseignements des courants intellectuels établis parmi les historiens – pour Legendre, la référence la plus immédiate est sans doute le groupe des *Annales* –, mais représente aussi la meilleure façon de traiter un sujet substantiellement conservateur. C'est un aspect que l'auteur entretient à deux égards. L'unité substantielle du système : « L'administration française est un système juridique, réalisé à partir d'éléments chronologiquement distincts. » La longue période 1750-1950 fut dominée par une évolution équilibrée, à l'exclusion des deux crises trentenaires de 1770-1800 et 1914-1944. Legendre – il est vrai – reconnaît que, dans la longue période des deux derniers siècles, il y a eu deux crises trentenaires, la première issue de la « grande révolution administrative », la seconde du « vieillissement général de la France ». Mais l'auteur précise que ces crises ne rompent pas la continuité administrative. Il suffit de penser que la révolution administrative permet d'amorcer ou de consolider la réalisation des réformes judiciaires initiées par Maupeou sous Louis XV, les réformes militaires du comte de Saint-Germain, et les réformes administratives de Loménie de Brienne, entreprises sous Louis XVI.

L'abandon du récit historique correspond cependant, chez Legendre, à un besoin général de méthode, mais il est aussi, pour ainsi dire, dicté par le sujet. À ces deux raisons s'en ajoute une troisième : l'intérêt historique est un intérêt actuel ; expliquer la superposition des structures administratives, c'est comprendre l'administration d'aujourd'hui. Comme le dit Legendre dans l'introduction de l'anthologie, « l'histoire institutionnelle n'est pas une langue morte ». Du passé, il n'y a donc pas besoin d'une chronique mesquine, ce qui compte c'est la reconstruction des mouvements de fond, aussi parce que l'histoire administrative est souvent une analyse diachronique de réalités toutes présentes.

Cette histoire de Legendre représentait aussi, pour le lecteur d'il y a dix ans, un abandon peut-être trop brutal de deux « mythes » dont s'est nourrie la culture sociopolitique du siècle dernier : la reconnaissance du rôle dominant du droit sur l'administration et la primauté du politique sur l'administratif. Ces « principes prescriptifs » de certains droits d'aujourd'hui ont imprégné l'historiographie, avec deux conséquences différentes. D'une part, l'histoire administrative est conçue

comme dominée par la loi et l'histoire de la législation administrative. D'autre part, l'histoire administrative est conçue comme une histoire annexe, mineure par rapport à l'histoire politique, dont elle reprend d'ailleurs la périodisation.

Sous le premier aspect, pour Legendre, les décisions gouvernementales, les actes quotidiens des fonctionnaires, les circulaires, les pressions publiques, sont souvent plus importants que les documents considérés comme plus nobles (lois et arrêts du Conseil d'État). Dans l'introduction à l'anthologie déjà citée, Legendre nous invite à pratiquer la « veille documentaire » et à faire un choix dans l'immense réserve de textes, en nous affranchissant des hiérarchies élaborées par les théoriciens pour les besoins propres du droit administratif.

La centralité du droit pour l'histoire administrative est – pourrait-on dire – une affirmation prescriptive et d'une époque très proche. Elle ne s'applique pas aux années antérieures à ce siècle et ne peut être utilisée aujourd'hui qu'avec une grande prudence.

Cette méthode de réalisation de son programme de travail a pu être également suivie par Legendre parce que les études spéciales et les enquêtes historiques étaient plus nombreuses en France qu'ailleurs. Il suffit de penser à l'intérêt, pas uniquement national, pour la Révolution française et le système centralisé qui lui a succédé, dont témoignent – entre autres – les travaux de Nicholas Richardson, en 1966 sur les seize années de la Restauration (*The French Prefectoral Corps 1814-1830*), et les histoires des administrations sectorielles, telles que *l'Histoire de l'administration des ponts et chaussées* de Jean Petot.

L'autre danger est également évité par Legendre – a-t-on dit. Celui de fondre les événements administratifs dans l'histoire politique, et d'appliquer aux premiers les périodisations du deuxième. Au début de l'ouvrage, l'auteur met en garde : « l'histoire administrative ne peut être enfermée dans les cadres peu formels et trop étroitement politiques de l'histoire constitutionnelle » ; « les transformations de l'administration ne s'expliquent pas seulement par la succession des régimes politiques ». Au contraire, ajoute-t-il dans l'introduction à l'anthologie, « dans la mécanique des crises en France, l'administration est probablement le rouage essentiel, l'organe qui finalement “digère” tout ».

La primauté de la politique sur l'administration est une déclaration prescriptive de l'époque récente : en tant que telle, elle n'était ni valable hier, ni nécessairement réelle aujourd'hui.

Legendre observe à juste titre que les relations politique-administration d'aujourd'hui sont différentes de celles d'hier. Aujourd'hui, il est acquis que la première emporte sur la seconde, par le biais des lois, mais que d'autre part, la seconde doit rester sans lien avec la première, à moins que la politique ne devienne le droit. Ces distinctions sont toutefois un apport de ce siècle. Elles étaient inconnues auparavant.

À vrai dire, Legendre va même plus loin, puisqu'il semble se demander si, aujourd'hui encore, ces distinctions sont valables pour les historiens, compte tenu du fait qu'à son tour, l'administration ne suit pas toujours la loi et a souvent sa propre politique.

La méthode suivie par Legendre présente un intérêt particulier pour les études italiennes. En Italie, on peut dire qu'il n'existe pas de véritable historiographie administrative, précisément parce que l'administration est considérée dans un rôle de servante du politique. Les rares personnes qui se sont intéressées à l'administration ont en fait étudié le débat politique sur l'administration ou la

législation de l'administration, ou encore les propositions parlementaires de réforme de tel ou tel ministère. La biographie d'un bureaucrate, le processus décisionnel de l'administration, l'histoire d'une direction générale, etc., sont considérés comme secondaires. Entendons-nous bien : cela ne veut pas dire qu'en parlant directement de l'administration, les références au monde extérieur peuvent être évitées. Au contraire, celles-ci devraient peut-être être multipliées, et pas seulement en direction du gouvernement et des affaires politiques. C'est précisément ce livre de Legendre qui montre que l'histoire administrative ne peut ignorer l'analyse de la culture et de la société des bureaucrates. L'origine territoriale et sociale peut être à l'origine de leur plus ou moins grande « fermeture sociale » ou du rôle – d'opposition ou de collaboration – du bureaucrate par rapport à la direction politique. La mentalité et la culture influenceront l'attitude du petit et du grand « commis » à l'égard de l'« administré ». Tout cela ne doit cependant pas faire perdre de vue à l'administration son personnel, les finances publiques, les procédures qui font l'objet principal de l'historiographie administrative.

La perplexité évoquée plus haut devant l'apparition de cet ouvrage de Legendre était aussi l'étonnement devant une synthèse aussi large, réalisée dans un domaine peu cultivé. Un an auparavant, Lucien Mehl, introduisant le volume de Guy Thuillier, *Témoins de l'administration*, observait : « Il n'existe pas encore... d'histoire de l'administration publique. » Les problèmes administratifs de la fin de l'Ancien Régime sont traités trop brièvement, de même que ceux relatifs à l'action des forces extérieures sur l'administration. Et pourtant, dans l'ensemble, l'effort de synthèse dans un domaine où les travaux de base manquaient n'a pas manqué. L'histoire administrative, malgré les contributions françaises, est en effet considérée comme une partie de l'histoire constitutionnelle et politique, voire de l'histoire spéciale et donc mineure. Elle n'est donc guère cultivée. C'est pourquoi, au moins jusqu'à il y a une dizaine d'années, les plus grandes influences provenaient d'écrits qui n'étaient pas consacrés *ex professo* à cette histoire.

Il suffit de penser que la description la plus précise des défauts qui ont conduit à la crise des tribunaux de chambre établis par Maximilien est due à l'intérêt porté pour Wetzlar, manifesté par Wolfgang Goethe, qui a consacré une dizaine de pages de *Dichtung und Wahrheit* à un résumé de l'histoire de ce Tribunal et que ces études historiques sont encore aujourd'hui tributaires de Tocqueville, pour qui le centre de l'action administrative n'est ni la Révolution, ni l'Empire, mais l'Ancien Régime ; qu'il faut encore aujourd'hui relire les *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century* de Dicey pour trouver un récit de l'interventionnisme étatique croissant du siècle dernier ; que certains passages de Taine sont essentiels pour comprendre l'évolution des institutions et des institutions éducatives au XIX^e siècle.

D'autres études sur des institutions particulières ont également été publiées, comme celles sur le *Treasury* anglais (les contributions les plus récentes sont celles de H. ROSEVEARE, *The Treasury: the Evolution of a British Institution* et *The Treasury, The Foundations of Control*, publiées respectivement en 1969 et 1973), et sur la naissance du Trésor en France (J. F. BOSHER, *French Finances 1770-1795: From Business to Bureaucracy*, publié en 1970). Ou également celles sur la planification urbaine en France (A. SUTCLIFFE, *The Autumn of Central Paris: The Defeat of Town Planning 1850-1970*, également en 1970), sur le soutien de l'État aux arts en Grande-Bretagne (J. MINIHAN, *The Nationalization of Culture: The Development of State Subsidies to the Arts in Great Britain*, 1977) et sur l'évolution de l'emploi public au Canada (J. E. HODGETTS, *The Canadian Public Service: A Physiology of Government*

1867-1970, publié en 1973), mais le retard général des études de base peut être constaté dans les opérations d'ensemble, comme l'anthologie éditée par M. T. Dalby et M. S. Werthmann, sur *Bureaucracy in Historical Perspective* (1971) et l'excellente anthologie dans *Stato e amministrazione* éditée par les *Quaderni storici* (n. 18, 1971).

Ce n'est qu'à une époque plus récente que sont apparues de véritables histoires administratives. Parmi les plus importants, on peut citer des ouvrages comme *Constitutional Bureaucracy* (1969) de Henry Parris sur l'Angleterre, et *The European Administrative Elite* (1973) d'Armstrong, consacré à la France, l'Angleterre, l'Allemagne et la Russie.

L'ouvrage de Parris couvre une période de près de deux siècles, de 1780 à nos jours. Il examine l'origine de l'emploi public avec le déclin des nominations politiques et les accommodements successifs entre ministres et bureaucrates. Il s'agit d'une étude d'une grande richesse, mais limitée aux affaires internes de la bureaucratie (et principalement de la haute bureaucratie) et à ses relations avec la politique. En revanche, l'ouvrage de Legendre examine également les changements dans les structures et les fonctions publiques, ainsi que les relations qui s'établissent entre l'administration et la société, dans les différentes phases de l'histoire administrative.

L'ouvrage fondamental d'Armstrong couvre également quelque deux siècles d'histoire (bien qu'avec des points de départ différents d'un pays à l'autre). Et son analyse s'enracine dans la relation entre la société et le personnel bureaucratique, dont le recrutement, la socialisation familiale et par les pairs à l'adolescence, l'éducation scolaire et universitaire, la scolarité et la formation universitaire, et enfin les modes d'induction dans l'administration, les modèles et perspectives de carrière, et l'influence de l'expérience professionnelle dans les administrations territoriales sont autant d'éléments pris en considération. Pour cette largeur de vue, la recherche d'Armstrong reste également centrée sur le personnel administratif, ou plutôt sur l'élite administrative. Cependant, sa recherche vise à identifier les faits qui ont influencé l'attitude interventionniste et le rôle de la haute bureaucratie dans le développement économique.

Mais revenons à l'histoire de Legendre. Le motif dominant de l'œuvre est la continuité administrative : « L'armature administrative mise au point sous la Révolution et l'Empire est demeurée intacte dans ses grandes lignes au XX^e siècle. » L'administration est le principal responsable de la « persistance » de la discipline juridique, et cause de la continuité et du glissement insensible des institutions. Les structures administratives révèlent, dans l'histoire, leur capacité à intégrer rapidement de nouvelles institutions. Les modifications administratives qui changent les équilibres sociaux se manifestent dans les changements des régimes : les propositions des réformes judiciaires, militaires, administratives et urbanistiques initiées sous Louis XV et Louis XVI ont été menées à leur terme avec la Révolution.

Le *leitmotiv* de cette continuité est la présence diffuse de l'instance paternelle. En effet, selon Legendre, il n'y a pas d'opposition entre l'État libéral et l'État interventionniste. Ce contraste a un caractère idéologique, mais il est dépourvu de signification historique. Les institutions du XIX^e siècle ont servi, sans changement radical, les nouvelles politiques du siècle suivant. Pour Legendre, la formule État-gendarme doit être abandonnée, car elle est insuffisante et dépourvue de signification historique pour l'histoire administrative parce que l'administration

libérale est liée au colbertisme de l'époque de Louis XIV, et de l'État paternel on passe sans cesse à l'État providentiel, version française du « *Welfare State* ».

La centralisation est l'outil essentiel de l'omniprésence de l'État. Elle a conduit à la suppression des intermédiaires politiques et à la création d'une administration pyramidale, constituée d'une chaîne d'exécution continue du centre à la périphérie, au milieu de laquelle se trouve le préfet, fonctionnaire « à double sens » : représentant de l'État et correcteur des excès de l'absolutisme administratif.

Dans l'analyse de Legendre, quatre thèmes principaux s'articulent et se déroulent autour de trois points de vue. Les thèmes sont : les données territoriales et la centralisation ; l'étatisme et le rôle dominant de l'administration, arbitre de tous les conflits ; la bureaucratie, critiquée mais aussi souhaitée, moyen essentiel ; la science administrative, développée comme science juridique. Les points de vue sont : celui de l'action des forces externe ; celui de l'analyse interne, morphologique ; celui de l'ensemble, de l'administration-système.

Legendre reviendra plus tard sur ces thèmes par des études, des essais et de brèves notes. Le centralisme et le culte de la loi, le pouvoir des « docteurs », « producteurs de logique », et le rôle du Conseil d'État, institution-phare du système administratif, feront l'objet de l'important article publié en 1971 dans la *Revue internationale de droit comparé* sur « La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français ». La nécessité d'élargir l'analyse d'un point de vue strictement technique à la fonction politique et au rôle social de la bureaucratie est réitérée dans les notes sur « Le régime historique des bureaucraties occidentales. Remarques sur le cas français » (paru dans la *Revue internationale des sciences administratives* en 1972) et dans « La bureaucratie, la science et le rendement » (*Bulletin de l'Institut d'Administration Publique*, 1973) ainsi que dans les deux écrits sur l'histoire des cabinets ministériels, dont le premier est paru dans le volume sur *Les superstructures de l'administration centrale* (1973), et le second dans le volume *Origines et histoire des cabinets des ministres en France* (1975).

Mais c'est surtout dans son dernier livre, une publication curieuse et pas toujours convaincante, que Legendre « revisite » les thèmes qui lui sont les plus chers, avec l'intention de les analyser d'un point de vue sociologique, psychanalytique et anthropologique. *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote* est le titre de ce volume (1976), dans lequel l'auteur analyse les croyances et les symboles du pouvoir. Selon Legendre, les sciences administratives traditionnelles ont empêché l'anthropologie et la psychanalyse d'accéder au mythe de l'État. Au contraire, selon lui, sans l'analyse des croyances et des symboles, la machine du pouvoir devient incompréhensible et importante seulement pour des catégories juridico-formelles. L'analyse de Legendre s'applique à la mythologie légaliste, qui parvient à panser les plaies du corps bureaucratique causées par les réformes ; aux croyances du centralisme jacobin ; et enfin à la doctrine juridique et au droit utilisé comme instrument éthique au service d'un seul principe politique, l'amour du pouvoir. Mais ce n'est qu'en allant plus loin, en tentant de comprendre de nouveaux visages et aspects du droit, que l'analyse de Legendre se révèle finalement faible ; ainsi, dans un premier temps, le cas intéressant du succès et de la lente disparition du « mythe » de la planification budgétaire est signalé, mais pas analysé comme il aurait dû l'être. Mais il est probable que, plus que l'historique des institutions, c'est le Legendre psychanalyste freudien qui est ici présent. Legendre a donné des cours à Vincennes, au département de psychanalyse, sur les rapports entre psychanalyse et institutions. Et le fruit de ses études psychanalytiques est au moins aussi abondant que celui de ses recherches historiques. On pense à son essai

sur *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique* (1974), aux articles de la revue *Vel*, aux contributions au congrès « Sexualité et politique » (« Le sexe et la loi. Notes sur la division des sexes selon le mythe chrétien ») et au Congrès international de psychanalyse de 1976 (« L'oubli du sexe. Le mot de la femme selon le texte occidental »).

Le « fil rouge » qui unifie cette période de Legendre est donc constitué non seulement par sa « fidélité » à certains thèmes, mais aussi par son intérêt pour une étude non juridique (et donc historique, sociologique, anthropologique) de l'administration. Une des observations qui revient le plus souvent chez Legendre est que l'administration doit aussi sa force au fait qu'elle a réussi à exclure la possibilité d'appliquer en son sein des analyses non juridiques. D'où le programme de travail alternatif de Legendre, qui s'est plongé dans l'histoire et les mythes bureaucratiques. C. A. Miller, dans son ouvrage *The Supreme Court and the Uses of History* (1969), mettait en évidence la manière dont la science juridique se réapproprie l'histoire du droit elle-même, en l'adoptant comme « *category of legal reasoning* ». Miller a pu identifier pas moins de cinq « usages » de l'histoire par les juristes (en l'occurrence, par la Cour suprême) dans une fonction « prescriptive » visant à convaincre le public de l'interprétation des règles. L'histoire, les mythes et les croyances administratives peuvent à leur tour être utilisés par le droit, qui « digère » également ces nouveaux points de vue et réaffirme ainsi sa centralité.

Le mérite du travail de Legendre de ces années est précisément d'expliquer pourquoi tous les points de vue de l'étude du droit – de l'historique au sociologique en passant par l'anthropologique – doivent être pris en compte. Mais c'est surtout l'analyse juste de cette histoire administrative qui montre que l'étude du droit est trop importante pour être laissée aux seules mains des juristes. En ce sens, Legendre est fidèle au programme qu'il avait lui-même énoncé en 1971 lors du colloque de l'Institut français des sciences administratives sur *l'Histoire de l'administration* (dont les actes ont été publiés, sous le même titre, un an plus tard par les éditions Cujas) : il faut surmonter la méthode traditionnelle de l'étude juridique sans renoncer à l'utiliser. Il est nécessaire de rattacher l'histoire de l'administration aux courants modernes de la recherche historique et notamment aux travaux qui tentent de combiner l'historiographie classique avec les enquêtes statistiques ou avec les concepts opérationnels de la sociologie ; enfin, l'histoire comparée doit être développée pour comprendre la cohérence des systèmes dans l'espace européen.

Sabino Cassese

Sabino Cassese est diplômé en 1956 à Pise où il a été élève au Collège juridique de l'École normale supérieure. Il est Professeur à la School of Government auprès de l'Université LUISS de Rome et il a été Professeur des universités d'Urbino, de Naples, de Rome La Sapienza et de l'École normale supérieure de Pise. Il a été ministre de la fonction publique du 50^e Gouvernement de la République italienne présidé par Carlo Azeglio Ciampi, et juge de la Cour constitutionnelle italienne. Il est docteur « Honoris causa » des universités d'Aix-en-Provence, Cordoba, Paris-Panthéon-Assas, Castilla-La Mancha, Athènes, Macerata et de l'Institut universitaire européen de Florence et Rome. Il est Professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise et Juge émérite de la Cour Constitutionnelle italienne.

II. Inédits

Hans Kelsen

La doctrine du droit naturel face au tribunal de la science*

Traduction inédite de Maude Vidal de l'article de Hans Kelsen :

« The natural-law doctrine before the tribunal of science »¹

I

La doctrine du droit naturel œuvre à apporter une solution définitive à l'éternel problème de la justice, de répondre à la question concernant ce qui est bien et mal quant aux relations entre les hommes. Une telle réponse est basée sur le postulat selon lequel il est possible de distinguer un comportement humain naturel, c'est-à-dire qui correspond à la nature par le fait même qu'il est imposé par elle, d'un comportement humain non naturel, c'est-à-dire contraire à la nature et interdit par elle. Ce postulat implique qu'il est possible de déduire de la nature, plus précisément de la nature des hommes, de la nature de la société, et même de la nature des choses, certaines règles qui, ensemble, fournissent une prescription adéquate pour le comportement humain, et qu'un examen minutieux des faits de la nature nous permet de trouver la solution adéquate à nos problèmes sociaux. La nature est alors conçue comme un législateur, comme le législateur suprême.

Cette conception présuppose que les phénomènes naturels soient dirigés vers une fin ou façonnés par un but, que les processus naturels, ou la nature conçue comme un tout, soient déterminés par des causes finales. Il s'agit d'une vision entièrement téléologique qui, en tant que telle, ne diffère pas de l'idée que la nature est dotée de volonté et d'intelligence. Cela implique que la nature est une sorte d'entité surhumaine pourvue de personnalité, une autorité à laquelle l'homme doit obéir. Au stade le plus bas de la civilisation humaine, cette interprétation de la nature se manifeste par ce que l'on appelle l'animisme. L'homme primitif croit que les choses naturelles – les animaux, les plantes, les rivières, les étoiles dans le ciel – sont animées, que des esprits ou des âmes habitent à l'intérieur ou se cachent derrière ces phénomènes et que, par conséquent, ces choses réagissent envers l'homme comme des êtres personnels selon les mêmes principes qui déterminent les relations des hommes entre eux. C'est une interprétation sociale de la nature, car l'homme primitif considère que la nature fait partie de sa société. Comme les esprits ou les âmes qui animent les phénomènes naturels sont considérés comme très puissants et capables de nuire à l'homme comme de le protéger, ils doivent être

* Tous les italiques et notes de bas de page sont d'origine à l'exception des notes n° 1 et n° 125 qui sont des ajouts personnels. Les précisions indiquant « traduction personnelle » sont de ma personne, je me réfère alors au texte anglais de Kelsen.

¹ H. KELSEN, in *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of science*, The Lawbook Exchange, LTD, 2000, p. 137-173. Publié originalement dans *The Western Political Quarterly*, vol. II, no 4, décembre 1949.

vénérés. L'animisme est donc une interprétation religieuse de la nature. À un stade plus élevé de l'évolution religieuse, lorsque l'animisme est remplacé par le monothéisme, la nature est considérée comme ayant été créée par Dieu et donc comme une manifestation de sa volonté toute puissante et juste. Si la doctrine du droit naturel est cohérente, elle doit revêtir un caractère religieux. Elle ne peut déduire de la nature des règles justes de comportement humain que parce que, et dans la mesure où, la nature est considérée comme une révélation de la volonté de Dieu, de sorte que l'examen de la nature revient à explorer la volonté de Dieu. En fait, il n'existe aucune doctrine de droit naturel de quelque importance qui n'ait un caractère essentiellement religieux. Grotius, par exemple, définit la loi de nature comme un dictat de la nature rationnelle par lequel certains actes sont interdits ou encouragés par « Dieu, l'auteur de la nature² ». Il estime que le droit naturel « découle de principes inhérents de l'être humain, [mais] peut cependant être attribué à Dieu, parce que c'est la divinité qui a voulu que de tels principes existent en nous³ ». D'après Hobbes, la loi de nature est dictée par la raison, mais ces dictats de la raison « ne sont que des conclusions ou des théorèmes concernant ce qui conduit à la préservation et à la défense de soi-même ; alors que la loi est proprement le mot de celui qui, de droit, possède le commandement sur les autres. Toutefois, si l'on considère les mêmes théorèmes comme étant énoncés avec les mots de Dieu, qui de droit commande toutes choses, alors elles sont proprement appelées lois⁴ ». À la suite de Hobbes, Pufendorf établit que, pour que les dictats de la raison – c'est-à-dire les principes de droit naturel – soient dotés d'une force obligatoire, « il faut donc nécessairement poser pour principe, que l'Obligation de la Loi Naturelle vient de Dieu même⁵ ». Ce n'est qu'ainsi que l'on peut supposer que le droit déduit de la nature est un droit éternel et immuable, par opposition au droit positif qui, créé par l'homme, n'est qu'un ordre temporaire et changeant ; que les droits établis par le droit naturel sont des droits sacrés innés dans l'homme parce qu'implantés dans l'homme par une nature divine ; et que le droit positif ne peut ni établir ni abolir ces droits, mais seulement les protéger. Telle est l'essence de la doctrine du droit naturel.

La première objection qui doit être faite du point de vue de la science est que cette doctrine oblitère la différence essentielle qui existe entre les lois scientifiques de la nature, les règles par lesquelles la science de la nature décrit son objet, et les règles par lesquelles l'éthique et la science du droit décrivent leurs objets, qui sont la morale et le droit. Une loi scientifique de la nature est la règle par laquelle deux phénomènes sont reliés entre eux selon le principe de causalité, c'est-à-dire comme cause et effet. Une telle règle est, par exemple, l'affirmation que si un corps métallique est chauffé, il se dilate. La relation entre la cause et l'effet, qu'elle soit considérée comme une relation de nécessité ou de simple probabilité, n'est attribuée à aucun acte de volonté humaine ou surhumaine. Si nous parlons de moralité ou de droit, en revanche, nous nous référons à des normes prescrivant le comportement humain, des normes qui sont la signification spécifique d'actes d'êtres humains ou surhumains. Une telle norme est, par exemple, la norme morale

² H. GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis*, Bk. I, chap. I, sec. 10, [trad. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Librairie de Guillaumin, 1865, p. 76].

³ *Ibid.*, « Prolegomena », sec. 12, p. 17.

⁴ T. HOBBS, *Leviathan*, Part. I, chap. XV, Paris, [*Léviathan*, trad. Gérard Mairet, Paris, Folio, 2000, p. 269].

⁵ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Paris, Briasson, 1734, Bk. II, chap. III, sec. 20, [trad. Jean Barbeyrac, p. 234].

émise par le Christ qui nous enjoint d'aider notre prochain dans le besoin, ou la norme juridique émise par un législateur qui prescrit une punition pour un meurtrier. L'éthique décrit la situation qui existe selon les normes morales par l'affirmation suivante : si un homme est dans le besoin, ses semblables doivent l'aider ; la science du droit décrit la situation sous la norme juridique : si un homme commet un meurtre, il doit être puni. Il est évident qu'une règle morale ou une règle de droit relie la condition à sa conséquence, non pas selon le principe du hasard, mais selon un principe totalement différent. Une loi naturelle est une déclaration selon laquelle s'il y a A, il y a B, tandis qu'une règle morale ou une règle de droit est une déclaration selon laquelle s'il y a A, il doit y avoir B. Il s'agit de la différence entre l'être et le devoir-être, entre la causalité et la normativité.

Si nous présumons une norme générale prescrivant un certain type de comportement humain, nous pouvons caractériser le comportement concret qui est conforme à la norme présumée comme bon, juste, correct, et le comportement qui n'est pas conforme à la norme présumée, comme mauvais, incorrect. Ces déclarations sont appelées jugements de valeur, le terme étant utilisé dans un sens objectif. La valeur, dans ce sens du terme, signifie « conformité à une norme présumée ». C'est une valeur positive, par opposition à une valeur négative, qui est la non-conformité à une norme présumée. Puisque l'affirmation selon laquelle le comportement concret d'un individu déterminé est bon ou mauvais, ou, ce qui revient au même, a une valeur positive ou négative, signifie que son comportement est conforme ou non à une norme générale présumée, nous pouvons exprimer ce jugement de valeur par l'affirmation que l'individu doit ou ne doit pas se comporter comme il se comporte effectivement. Sans présumer une norme générale prescrivant (ou interdisant) quelque chose, nous ne pouvons pas émettre un jugement de valeur au sens objectif de ce terme. La valeur attribuée à un objet n'est pas une propriété que cet objet aurait sans référence à une norme présumée. La valeur n'est pas inhérente à l'objet jugé précieux, elle est la relation de cet objet à une norme présumée. Nous ne pouvons pas trouver la valeur d'une chose ou d'un comportement réels en analysant ces objets. La valeur n'est pas immanente à la réalité naturelle. Par conséquent, la valeur ne peut donc pas être déduite de la réalité. Il ne découle pas du fait qu'une chose est, qu'elle devrait être ou être faite, ou qu'elle ne devrait pas être ou ne pas être faite. Le fait que, dans la réalité, les gros poissons avalent les petits poissons n'implique pas que le comportement des poissons soit bon, ni même qu'il soit mauvais. Il n'y a pas d'inférence logique entre l'être et le devoir-être, entre la réalité naturelle et la valeur morale ou juridique.

Si nous comparons les règles par lesquelles l'éthique ou la science du droit décrit son objet, règles se référant à des normes morales ou juridiques, à des règles causales, nous devons prendre en considération le fait que les normes auxquelles se réfèrent les règles de la morale et les règles du droit sont, comme nous l'avons dit précédemment, la signification des actes d'une autorité morale ou juridique. Dans la mesure où cette autorité est un être humain, ces normes ont un caractère subjectif, c'est-à-dire qu'elles expriment l'intention de leur auteur. Ce qu'une telle autorité humaine prescrit ou interdit dépend de la fin qu'elle vise. Ce que quelqu'un vise comme fin est également appelé valeur, mais dans un sens subjectif de ce terme ; et s'il s'agit d'une fin ultime, et non d'un moyen pour atteindre une fin, on l'appelle une valeur suprême. Les opinions sur les fins ultimes ou les valeurs les plus élevées dans ce sens subjectif du terme varient beaucoup, et il arrive fréquemment qu'une valeur la plus élevée soit en conflit avec une autre, comme, par exemple, la liberté individuelle et la sécurité sociale, le bien-être d'un seul

individu et le bien-être de toute une nation, dans les cas où l'un ne peut être atteint qu'au détriment de l'autre. Se pose alors la question de savoir quelle fin est préférable, ou, ce qui revient au même, quelle valeur est supérieure et quelle valeur est inférieure – quelle est en vérité la valeur la plus élevée ? Mais on ne peut répondre à cette question de la même manière qu'à celle de savoir si le fer est plus lourd que l'eau ou l'eau plus lourde que le bois. Cette dernière question peut être résolue par l'expérience d'une manière rationnelle et scientifique, mais la question de la valeur la plus élevée au sens subjectif du terme ne peut être décidée que par l'émotion, par les sentiments ou les souhaits du sujet qui décide. Un sujet peut être conduit par ses émotions à préférer la liberté personnelle ; un autre, la sécurité sociale ; l'un, le bien-être de l'individu isolé ; l'autre, le bien-être de la nation entière. Aucune considération rationnelle ne permet de prouver que l'un a raison ou l'autre tort. Par conséquent, il existe – en fait – des systèmes de moralité et des systèmes de droit très différents, alors qu'il n'y a qu'un seul système de nature. Ce qui est bon selon un système de moralité peut, selon un autre système de moralité, être mauvais ; et ce qui est un crime selon un ordre juridique peut être parfaitement juste selon un autre ordre juridique. Cela signifie que les valeurs qui consistent en la conformité ou la non-conformité à un ordre moral ou juridique existant sont des valeurs relatives. Ce n'est que si l'autorité qui émet les normes est censée être Dieu, un Être absolu et transcendantal, qu'il existe un système moral et juridique exclusif, et les valeurs qui consistent à se conformer à ces normes sont alors censées être des valeurs absolues.

La doctrine du droit naturel présuppose que la valeur est immanente à la réalité et que cette valeur est absolue, ou, ce qui revient au même, qu'une volonté divine est inhérente à la nature. Ce n'est que sous ce présupposé qu'il est possible de maintenir la doctrine selon laquelle la loi peut être déduite de la nature et que cette loi est la justice absolue. Étant donné que l'hypothèse métaphysique de l'immanence de la valeur à la réalité naturelle n'est pas acceptable du point de vue de la science, la doctrine de la loi naturelle est fondée sur le sophisme logique de la déduction de « l'être » au « devoir-être ». Les normes prétendument déduites de la nature sont – en réalité – tacitement présupposées, et sont fondées sur des valeurs subjectives, qui sont présentées comme étant les intentions de la nature agissant comme un législateur. En identifiant les lois de la nature aux règles de droit, en prétendant que l'ordre de la nature est ou contient un ordre social juste, la doctrine du droit naturel, comme l'animisme primitif, conçoit la nature comme une partie de la société. Mais il est facile de prouver que la science moderne est le résultat d'un processus caractérisé par la tendance à émanciper l'interprétation de la nature des catégories sociales⁶. Face au tribunal de la science, la doctrine du droit naturel n'a aucune chance. Mais elle peut nier la compétence de ce tribunal en se référant à son caractère religieux.

⁶ Voir H. KELSEN, *Society and Nature*, 1943, Chicago, University of Chicago Press, p. 249 sq.

II

La doctrine du droit naturel se caractérise par un dualisme fondamental entre le droit positif et le droit naturel. Au-dessus du droit positif imparfait créé par un homme existe le droit naturel, un droit parfait car absolument juste, établi par une autorité divine. Par conséquent, le droit positif n'est justifié et valable que par le fait qu'il correspond au droit naturel⁷. Si, toutefois, le droit positif n'est valable que dans la mesure où il correspond au droit naturel et s'il est possible – comme l'affirme la doctrine du droit naturel – de trouver les règles du droit naturel par une analyse de la nature ; si, comme l'affirment certains auteurs, le droit de la nature est même évident⁸, le droit positif est tout à fait superflu. Face à l'existence d'un ordre social juste, intelligible dans la nature, l'activité des créateurs de droit positif équivaut à un effort insensé pour fournir une illumination artificielle en plein soleil. C'est une autre conséquence de la doctrine du droit naturel. Mais aucun des adeptes de cette doctrine n'a eu le courage d'être cohérent. Aucun d'entre eux n'a déclaré que l'existence du droit naturel rendait superflu l'établissement d'un droit positif⁹ ;

⁷ Voir H. Kelsen, « Naturrecht and positives Recht: Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses », *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, vol. II, 1927-1928, p. 71 sq.; H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (2nd printing), New Jersey, The Lawbook Exchange, 1947, p. 389 sq.

⁸ Par exemple, GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis*, *op. cit.*, « Prolegomena », p. 38, par. 39 : « Les principes, en effet, de ce droit [naturel], si vous y faites bien attention, sont par eux-mêmes clairs et évidents, presque à l'instar des choses que nous percevons par les sens extérieurs, lesquels ne trompent point, si les organes de la sensation sont bien conformés, et si tout ce qui est nécessaire à la perception s'y trouve. » L'opinion selon laquelle les principes du droit naturel sont évidents est en contradiction ouverte avec le fait qu'il n'y a pas, et n'y a jamais eu, d'accord sur ces principes parmi les adeptes de la doctrine du droit naturel. S. PUFENDORF, dans *De Jure Naturae et Gentium*, *op. cit.*, Bk. II, chap. I, sec. 7, p. 147 admet : « parmi les Hommes autant de têtes, autant de sentiments, autant de goûts particuliers. Chacun trouve toujours quelque chose qui lui plaît plus qu'aux autres. » Toutefois, il maintient (Bk. I chap. III, sec. 3, p. 42) qu'il « faut poser pour maxime incontestable, qu'il y a, et dans la Faculté d'apercevoir, et dans celle de juger, une droiture naturelle, qui ne permet pas de tomber dans l'erreur, en matière de choses Morales, pourvu qu'on y apporte l'attention nécessaire ». Mais qu'en est-il si une telle attention n'y est pas portée ? Cela est au demeurant possible. La vue réelle apparaît dans la déclaration suivante (*Ibid.*, p. 43) : « À moins donc que de vouloir renverser de fond en comble toute la Moralité des Actions, il faut tenir pour une chose certaine, que l'Entendement est naturellement droit, en sorte que, moyennant une recherche suffisante, on peut venir à bout de connaître distinctement ces sortes d'objets, tels qu'ils sont en eux-mêmes ; et que le Jugement Pratique, du moins en ce qui concerne les maximes générales du Droit Naturel, n'est jamais corrompu à un tel point, que les mauvaises Actions, qu'il produit, aient pour principe une erreur inévitable, ou une ignorance invincible, qui mette à couvert d'une juste imputation », in *Ibid.* Cela signifie que l'erreur ou l'ignorance des principes du droit naturel, même si elle n'est pas impossible, n'exclut pas la responsabilité. La règle bien connue selon laquelle l'ignorance du droit positif n'est pas une excuse est simplement appliquée au droit naturel.

⁹ Il est important de noter que la doctrine selon laquelle le droit positif est superflu, voire nuisible à la société, ait été défendue par le fondateur de l'anarchisme théorique, William Godwin, dans sa célèbre *Enquiry Concerning Political Justice* (Londres, G. G. J. and J. Robinson, 1793), et que Godwin n'était pas un adepte de la doctrine du droit naturel. Lorsqu'il dit que « la loi est une institution de la tendance la plus pernicieuse » (*ibid.*, vol. II, p. 771 [traduction personnelle, l'édition susmentionnée ne traduit pas ce passage]), il se réfère au droit positif aussi bien qu'au droit naturel. Il rejette expressément deux principes fondamentaux de la doctrine du droit naturel : l'idée que l'homme possède par nature certains droits – l'idée d'homme et l'idée de droit sont « incompatibles » l'une avec l'autre (*ibid.*, vol. I, p. 112 sq. [trad. dans B. CONSTANT, *Œuvres*, L. OMACINI et E. HOFMANN (dir.), Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1998, p. 1017]) – et l'idée du contrat social – « il est donc impossible, que l'autorité du gouvernement soit fondée sur un contrat primitif » (*ibid.*, vol. I, p. 149 [p. 1053]). Il attaque le fondement même de la

au contraire. Tous insistent sur la nécessité du droit positif¹⁰. En fait, l'une des fonctions les plus essentielles de toutes les doctrines du droit naturel est de justifier l'établissement du droit positif ou – ce qui revient au même – l'existence de l'État nécessaire pour établir le droit positif. Dans l'exercice de cette fonction, la plupart des doctrines s'empêchent dans une contradiction très caractéristique. D'une part, elles affirment que la nature humaine est la source du droit naturel, ce qui implique que la nature humaine doit être fondamentalement bonne. D'autre part, ils ne peuvent justifier la nécessité du droit positif avec ses mécanismes coercitifs que par la méchanceté de l'homme. Le seul philosophe qui évite cette contradiction est Hobbes, qui part du principe que l'homme est mauvais par nature. Par conséquent, le droit naturel qu'il déduit de cette nature n'est pratiquement rien d'autre que le principe selon lequel un État doté du pouvoir illimité d'établir le droit positif est nécessaire et que, par le droit naturel, les hommes sont obligés d'obéir sans réserve au droit positif établi par l'État, une argumentation qui revient à la négation du droit naturel par le droit naturel. Si l'on considère toutefois que le droit naturel est un système de règles substantives, et non une autorisation formelle d'une quelconque loi positive, la contradiction entre une nature humaine dont ce droit naturel est déduit et une nature humaine qui rend nécessaire le droit positif est inévitable. C'est pourquoi Pufendorf souligne qu'il n'existe « point de voie plus abrégée ni plus commode pour découvrir les principes du Droit Naturel, que de considérer avec soin la nature, la constitution, et les inclinations de l'Homme¹¹ ». S'il existe une loi de nature qui soit un dictat de la raison déductible de la nature de l'homme, il est nécessaire que l'homme soit sociable. À l'inverse, « il ne saurait subsister, ni jouir des biens qui conviennent à son état ici-bas, s'il n'est pas sociable, c'est-à-dire, s'il ne veut vivre en bonne union avec ses semblables, et agir avec eux de telle manière qu'il ne leur donne pas lieu de penser à lui faire du mal, mais plutôt qu'il les engage à maintenir ou à avancer même ses intérêts¹² ». Mais Pufendorf est conscient que cela n'est pas la nature réelle de l'homme. Il admet que l'homme est « malicieux, insolent, facile à irriter, prompt à nuire, et armé pour cet effet de forces suffisantes¹³ ». Il admet que « la multitude ne se conduit que par instinct et par passion¹⁴ ». Il ne va pas aussi loin que Hobbes dans son évaluation pessimiste de la nature humaine, mais il dit :

doctrine du droit naturel lorsqu'il déclare : « Nous avons trop peu de données sur le système de l'univers, nous apercevons une trop petite partie de l'ensemble, et nous sommes trop exposés à l'erreur, même dans ce que nous croyons savoir, pour qu'il soit raisonnable en nous de vouloir former nos principes moraux, d'après une espèce d'imitation de ce qui nous paraît le cours de la nature. » (*ibid.*, vol. II, p. 692 [p. 1336])

¹⁰ Ainsi, par exemple, P. MELANCHTHON, dans son ouvrage *Ethicae Doctrinae Elementorum Libri Duo*, 1569 [traduction personnelle], répond comme suit à la question de savoir si les lois écrites sont nécessaires : « Beaucoup d'ignorants clament impassiblement qu'il n'y a pas besoin de lois écrites et que les affaires devraient être décidées selon le jugement naturel de ceux qui président [*ex naturali judicio eorum qui praesunt*, soit « par l'application des principes du droit naturel par les gouvernants »]. Mais nous devons savoir que cette opinion barbare doit être rejetée et qu'il faut apprendre aux gens que les lois écrites sont préférables et qu'il faut les considérer avec amour et respect. »

¹¹ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, *op. cit.*, Bk. II, chap. III, sec. 14.

¹² *Ibid.*, sec. 15, p. 194-195.

¹³ *Ibid.*, p. 194.

¹⁴ *Ibid.*, Bk. VII, chap. I, sec. 11, p. 225.

J'avoue, qu'il y a un grand nombre de gens, qui ne font pas scrupule de violer les lois de propos délibéré, toutes les fois qu'ils y trouvent plus d'avantage qu'à les observer¹⁵.

Par conséquent, il estime que, « dans l'État de Nature, l'Obligation où chacun est de pratiquer envers les autres les Devoirs de la Loi naturelle, n'est pas un aussi bon garant de notre sécurité, que la protection et la défense qu'on trouve dans les Sociétés Civiles¹⁶ ».

Le seul expédient qu'on ait pu imaginer, pour se mettre à couvert des effets de la malice d'autrui, autant du moins que la condition humaine le permet ; ç'a été de se procurer certains recours capables de rendre les entreprises d'un agresseur si périlleuses, qu'il jugeât plus avantageux pour lui de laisser les autres en repos, que de les insulter, de vivre en paix avec eux, que de leur faire la guerre : car rien ne donne plus de hardiesse aux Méchants que l'espérance de l'impunité¹⁷.

Ainsi, la nature de l'homme conduit nécessairement à l'établissement de l'État, et donc au droit positif.

Ces remords d'ailleurs ne tombant pas sous les Sens, ne sont guère capables de faire impression sur les autres, qui ne voient pas le cœur de celui qui est tourmenté, et de les détourner du crime par son exemple. Pour réprimer donc la malice humaine, il n'y avait point de moyen plus efficace que l'établissement des Sociétés Civiles¹⁸.

Si la masse des hommes, selon leur nature, n'ordonne pas sa vie par la raison, si la plupart des hommes, par leur nature même, sont stupides et méchants, comment peut-on déduire de la nature de l'homme la loi de nature, les préceptes de la raison, l'ordre absolument juste de la vie sociale ? Ce n'est pas de la nature de l'homme telle qu'elle est réellement que Pufendorf et tous les autres écrivains déduisent ce qu'ils considèrent comme la loi naturelle ; c'est de la nature de l'homme telle qu'elle devrait être, et telle qu'elle serait si elle correspondait à la loi naturelle. Ce n'est pas la loi de nature qui est déduite de la nature, de la nature réelle, de l'homme, c'est la nature de l'homme, une nature idéale de l'homme, qui est déduite d'une loi naturelle présumée d'une manière ou d'une autre¹⁹.

III

Si le droit positif n'est, comme l'affirment tous les adeptes de la doctrine du droit naturel, valable que dans la mesure où il correspond au droit naturel, toute norme

¹⁵ *Ibid.*, sec. 8, p. 223.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, Bk. VII, chap. II, sec. 1, p. 226.

¹⁸ *Ibid.*, Bk. VII, chap. I, sec. 11, p. 226.

¹⁹ La nature réelle et idéale de l'homme sont confondues dans les extraits cités précédemment. Cette confusion s'exprime ainsi : « Ceci posé, nous n'aurons pas beaucoup de peine à découvrir le véritable fondement du Droit Naturel. L'Homme, comme nous l'avons vu ci-dessus, étant un Animal très affectonné à sa propre conservation, pauvre néanmoins et indigent de lui-même, hors d'état de se conserver sans le recours de ses semblables, très capable de leur faire du bien, et d'en recevoir ; mais autre côté malicieux, insolent, facile à irriter, prompt à nuire, et armé pour cet effet de forces suffisantes ; il ne serait subsister, ni jouir des biens qui conviennent à son état ici-bas, s'il n'est pas sociable, c'est-à-dire, s'il ne veut vivre en bonne union avec ses semblables, et agir avec eux de telle manière, qu'il ne leur donne lieu de penser à lui faire du mal, mais plutôt qu'il les engage à maintenir ou à avancer même ses intérêts. » (Bk. II, chap. III, sec. 15).

créée par la coutume ou stipulée par un législateur humain qui est contraire au droit de la nature doit être considérée comme nulle et non avenue. C'est la conséquence inévitable de la théorie qui admet la possibilité du droit positif comme système normatif inférieur au droit naturel. La mesure dans laquelle un auteur se conforme à cette conséquence est un test de sa sincérité. Très peu résistent à ce test. Certains philosophes évitent le test en prouvant qu'un conflit entre le droit positif et le droit naturel est impossible. Ainsi, Hobbes soutient que la loi positive ne peut jamais être contre la raison, c'est-à-dire contre la loi de nature. « Il s'ensuit, dit-il, qu'aucune loi civile [c'est-à-dire positive], si elle n'offense pas Dieu [...], ne peut être contraire à la loi naturelle²⁰. »

La loi de nature et la loi civile se contiennent l'une l'autre et sont d'égale étendue [...]. La loi de nature est donc une partie de la loi civile dans tous les États du monde. Réciproquement aussi, la loi civile est une partie des choses dictées par la nature²¹.

Hobbes affirme que les juristes s'accordent à dire que la loi ne peut jamais être « opposée à la raison ». Mais il demande « quel est celui dont la raison sera reçue comme loi ». Et répond :

Il ne peut s'agir d'une raison privée, car alors il y aurait autant de contradictions dans les lois qu'il y en a dans l'École.

C'est la raison d'État, la république, qui selon Hobbes détermine le contenu de la loi, et cette loi est à la fois la loi positive et la loi naturelle.

La raison de cet homme artificiel, l'État et son commandement, qui fait la loi. L'État étant, en son représentant, une personne une, il ne peut pas facilement surgir de contradiction dans les lois ; et s'il s'en trouve, la même raison est capable, par l'interprétation et la modification, de l'écarter²².

Il est ici évident que la doctrine du droit naturel n'a d'autre fonction que de justifier le droit positif, tout droit positif établi par un gouvernement effectif. Bien que cela ne soit pas toujours aussi évident que dans la philosophie de Hobbes, c'est la tendance consciente ou inconsciente de la très grande majorité des autres auteurs. Ils ne nient pas qu'en principe un conflit entre le droit positif et le droit naturel soit possible ; mais ils essaient de prouver qu'un tel conflit ne peut se produire qu'exceptionnellement, et que s'il se produit, la validité du droit positif ne peut presque jamais être mise en doute. L'attitude de Pufendorf sur cette question est typique. Il rejette l'opinion de ceux « qui nient la possibilité que même les lois civiles soient opposées aux lois naturelles²³ ». Il met en avant le fait qu'une « loi civile contraire au droit naturel pourrait évidemment être promulguée », mais il ajoute :

Quoique par abus on puisse actuellement faire quelque Loi Civile opposée au Droit Naturel, il n'y a que des Princes insensés, ou assez méchants pour souhaiter de détruire leur propre état, qui soient capables d'établir de propos délibéré des lois reconnues telles²⁴.

²⁰ T. HOBBS, *De Cive*, Paris, Flammarion, 2010, chap. XIV, par. 10, p. 277 [trad. P. Crignon, éd. Flammarion, 2010, p. 277].

²¹ T. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, Part II, chap. XXVI, [trad. Gérard Mairet, *op. cit.*, p. 408-409].

²² *Ibid.*, [p. 413].

²³ S. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, Définition XIII, sec. 6 [traduction personnelle].

²⁴ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et gentium*, *op. cit.*, Bk. VIII, chap. I, sec. 2.

Ainsi, un conflit entre le droit positif et le droit naturel, bien que théoriquement possible, est pratiquement exclu. Par conséquent, Pufendorf soutient que, dans les faits, toutes les lois positives sont, au moins en principe, conformes au droit naturel.

Et en effet, dans toutes les républiques, la plupart des éléments composant la loi de la nature, en tout cas ceux sans lesquels la paix dans la société elle-même ne peut subsister, ont la force d'une loi civile ou ont été inclus dans le corps des lois civiles²⁵.

Toutes les lois civiles supposent, ou renferment, du moins les principaux chefs de la Loi Naturelle sans l'observation desquels le Genre Humain ne saurait se conserver, et qui ne sont nullement détruits par les Statuts particuliers que l'intérêt de chaque Société Civile a demandé qu'on y ajoutât²⁶.

Bien que Pufendorf s'oppose résolument à l'identité du droit positif et du droit naturel opérée par Hobbes, il accepte un de ses arguments qui conduit inévitablement à ce résultat. Hobbes ne se fait aucune illusion sur le caractère subjectif de nos jugements concernant le bien et le mal. Il dit :

Bon et mauvais sont les noms qui signifient nos envies et nos aversions, et qui diffèrent selon les tempéraments, coutumes et doctrines des humains. Divers humains ne diffèrent pas seulement quant à leur jugement, leurs sensations de ce qui est plaisant ou déplaisant au goût, à l'odorat, à l'ouïe, au toucher, à la vue, mais aussi quant à ce qui est conforme à la raison, ou ne leur convient pas dans les actions de la vie courante. Plus encore, le même homme, à divers moments, diffère de lui-même, et une fois il vante, c'est-à-dire qu'il déclare être bon ce qu'une autre fois il critiquera et déclarera être mauvais. De là surgissent disputes, litiges, et finalement la guerre²⁷.

Ainsi il admet :

Ce que nous appelons la « loi de nature » ne fait pas l'objet d'un accord parmi ceux qui ont écrit jusqu'à présent²⁸.

Puisque les différences de jugement de valeur sont à l'origine de querelles et de ruptures de la paix, il est nécessaire d'avoir une mesure commune de ce que l'on appelle bien et mal.

Cette mesure commune, disent certains, est la droite raison : je serais d'accord avec eux, si une telle chose pouvait être trouvée et connue *in rerum naturâ*. Mais, généralement, ceux qui appellent à la « droite raison » pour résoudre une controverse veulent en appeler à leur propre raison. Or il est certain, vu que la droite raison n'existe pas, que la raison d'un homme, ou de plusieurs hommes, doit en tenir lieu, et que cet homme, ou ces hommes, est celui, ou sont ceux, qui ont le pouvoir souverain [...]. En conséquence, les lois civiles sont pour tous les sujets les mesures de leurs actions par lesquelles ils déterminent si celles-ci sont justes ou injustes, avantageuses ou désavantageuses, vertueuses ou vicieuses²⁹.

Ce n'est pas à l'individu, mais à l'État, représenté par son gouvernement, de décider ce que la loi naturelle exige. Hobbes déclare :

²⁵ S. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, op. cit., Definition XIII, sec. 18 [traduction personnelle].

²⁶ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, op. cit., Bk. II, chap. III, sec. 11.

²⁷ T. HOBBS, *Leviathan*, op. cit., Part. I, chap. XV, [p. 267-268].

²⁸ T. HOBBS, *The Elements of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1928, p. 57 [éd. par F. Toennies, 1640], (Cambridge, 1928), p. 57 [*Éléments du droit naturel et politique*, trad. D. Thivet, Paris, Vrin, 2010, p. 119].

²⁹ *Ibid.*, p. 150 [p. 223].

L'interprétation des lois de nature, dans un État, ne dépend pas des livres de philosophie morale. L'autorité des écrivains politiques, sans l'autorité de l'État, ne fait pas de leurs opinions la loi – si vraies qu'elles soient. Ce que j'ai écrit dans ce traité au sujet des vertus morales et de leurs nécessités pour procurer et maintenir la paix n'est donc pas immédiatement la loi parce que je l'ai écrit, mais parce que dans tous les États du monde c'est une partie de la loi civile. En effet, bien que ce soit naturellement raisonnable, pourtant c'est par la puissance souveraine que c'est une loi ; autrement, ce serait une grande erreur que d'appeler loi non écrite les lois de nature. Au reste, on voit beaucoup d'ouvrages publiés par divers auteurs, ouvrages qui se contredisent entre eux et en eux-mêmes³⁰.

À la suite de Hobbes, Pufendorf maintient :

On peut néanmoins admettre en un autre sens la proposition de Hobbes, c'est-à-dire, en prenant le Bien et le Mal pour ce qui est avantageux ou désavantageux à l'État. Car c'est sans contredire une opinion séditeuse, que d'attribuer aux Particuliers le droit de juger, si les moyens dont le Prince ordonne de se servir pour l'avancement du Bien Public, sont convenables, ou non, à cette fin, en sorte que l'obéissance de chacun dépende des idées qu'il se fait là-dessus³¹.

Il établit :

Comme il y a, entre les Hommes, une prodigieuse diversité de sentiments et d'inclinations, d'où il peut naître une infinité de disputes et de querelles ; le bien de la paix veut aussi, que les Souverains règlent, par les mêmes Lois, ce que chaque Citoyen doit regarder comme *Sien*, ou comme *appartenant à autrui* ; ce qu'il faut tenir pour *Licite*, ou pour *Illicite*, pour *Honnête* ou pour *Déshonnête*, dans l'État dont on est Membre ; ce que chacun *conserve de la Liberté Naturelle*, et comment il doit *user de ses droits*, pour ne pas troubler l'État ; enfin *ce qu'il peut justement exiger d'autrui, et de quelle manière il doit s'y prendre* pour se faire rendre ce qui lui est dû et qui lui revient légitimement³².

Cela signifie que si un individu considère qu'une règle de droit positif est contraire au droit naturel, ce n'est pas l'opinion de l'individu privé, mais l'opinion de l'autorité compétente de l'État qui prévaut. En discutant de la question de savoir si un tyran peut être rappelé à l'ordre par le peuple, Pufendorf exprime une opinion très caractéristique : « la présomption de justice est toujours du côté du prince³³ » ; ce qui signifie qu'il y a toujours une présomption que le droit positif est le droit naturel.

Une autre façon d'identifier le droit positif au droit naturel part de la définition de la justice acceptée par la plupart des adeptes de la doctrine du droit naturel : à chacun son bien. Hobbes voit clairement que cette formule présuppose un ordre juridique positif déterminant ce qui est propre ; et il en conclut que là où il n'y a pas de loi positive, il ne peut y avoir de justice au sens de cette formule. « Par conséquent, là où il n'y a pas d'État, il n'y a rien qui soit injuste³⁴. » Pufendorf définit la justice de droit naturel en conformité avec la jurisprudence romaine

³⁰ T. HOBBS, *Leviathan, op. cit.*, Part. II, chap. XXVI, [p. 420-421].

³¹ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium, op. cit.*, Bk. VIII, chap. I, sec. 5, p. 359.

³² *Ibid.*, Bk. VII, chap. IV, sec. 2, p. 259.

³³ S. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo, op. cit.*, Observation V, par. 21 [traduction personnelle].

³⁴ T. HOBBS, *Leviathan, op. cit.*, Part I, chap. XV [trad. Gérard Mairet, *op. cit.*, p. 249].

comme la « volonté perpétuelle de donner à chaque homme ce qui lui est dû³⁵ ». Mais il ajoute que quelque chose est dû à une personne sur la base d'un droit parfait seulement si cette personne a la possibilité d'intenter une action contre l'auteur du préjudice devant un tribunal terrestre³⁶. Cela signifie que la justice telle qu'elle est définie au sens du droit naturel n'est possible que dans le cadre du droit positif. D'où la déclaration de Pufendorf, citée plus haut, selon laquelle, pour éviter un nombre infini de litiges, le droit naturel exige que le droit positif détermine *ce que chaque homme doit considérer comme son bien et celui d'un autre*. Malgré sa critique de Hobbes, la doctrine du droit naturel de Pufendorf vise, dans la question essentielle du rapport entre le droit naturel et le droit positif, le même but que celui du philosophe anglais : la justification du positif par le droit naturel.

Enfin, il existe un principe défendu par tous les grands représentants de la doctrine du droit naturel, selon lequel un conflit entre le droit naturel et le droit positif – si tant est qu'il soit admis comme possible – est privé de tout effet qui pourrait être dangereux pour l'autorité juridique établie : c'est le dogme selon lequel, en vertu du droit de la nature, il n'existe pas de droit de résistance ou seulement un droit de résistance restreint. Il est logique, selon Hobbes, « qu'aucun homme, de quelque république que ce soit, n'a le droit de résister à celui à qui a été confié le pouvoir coercitif ou (ainsi que les hommes ont coutume de l'appeler) le glaive de la justice³⁷ ». Mais aussi, Grotius, qui admet « que si les souverains commandent quelque chose de contraire au Droit Naturel ou aux Commandements de Dieu, il ne faut point exécuter les ordres », nous enseigne que « si [...] quelque mauvais traitement nous est infligé [par le souverain], il convient de le subir plutôt que de résister par la force³⁸ ». Il cite un passage de Sophocle, dans *Antigone* : « on doit obéir à celui que l'État a placé à la tête du pouvoir, dans les plus petites choses, dans celles qui sont justes et celles qui ne le sont point³⁹ » et conclut par l'idée selon laquelle « on ne peut légitimement résister à ceux qui possèdent la puissance souveraine⁴⁰ ». Pufendorf, il est vrai, rejette la thèse défendue par Hobbes selon laquelle l'État ne peut faire aucun mal à un citoyen⁴¹, mais il affirme qu'« on doit donc souffrir patiemment les injustices légères d'un Souverain, en considération de l'emploi pénible et relevé dont il est revêtu pour notre conservation, et des autres obligations que l'on peut lui avoir, et même en faveur de nos Concitoyens et de tout l'État⁴² ». Quant aux maux plus graves, il dit :

Il est certain encore, que lors même qu'un Prince, par pure animosité, menace quelqu'un de ses Sujets des injures les plus atroces, et des traitements les plus indignes, le Sujet doit se mettre à couvert par la fuite, ou se retirer dans un autre État, plutôt que de prendre les armes contre son Souverain, rude envers lui à la vérité, mais néanmoins Père de la Patrie. Que si l'innocent ne trouve pas moyen

³⁵ S. PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, op. cit., Définition XVII, par. 1 [traduction personnelle].

³⁶ *Ibid.*, Définition VIII, par. 2 [traduction personnelle].

³⁷ T. HOBBS, *The Elements of Law*, op. cit., p. 86 [*Éléments du droit naturel et politique*, op. cit., p. 152-153].

³⁸ H. GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis*, op. cit., Bk. I, chap. IV, sec. 1, par. 3, p. 290.

³⁹ *Ibid.*, sec. 2, par. 2, p. 291.

⁴⁰ *Ibid.*, sec. 7, par. 15, p. 324-325.

⁴¹ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, op. cit., Bk. VII, chap. VIII, sec. 4, p. 326.

⁴² *Ibid.*, sec. 5, p. 327-328.

de s'enfuir, doit-il en humble victime souffrir patiemment tout ce que la rage inspire à son Souverain ?

À cette question, il ne donne pas de réponse directe, mais il affirme :

Mais on ne trouve guère d'exemples de Princes, qui aient voulu faire mourir un Sujet innocent, sans se mettre en peine de sauver les apparences. Quelque fureur qui les anime ils cherchent ordinairement quelque prétexte, pour couvrir leur passion de quelque ombre de justice, comme, par exemple, le refus de celui qu'ils veulent perdre a fait d'obéir à un ordre injuste par lui-même [...]. Les citoyens [...] ne sont point tenus d'obéir aux ordres de leur Prince, lorsqu'ils se trouvent manifestement contraires à la volonté de Dieu [...]. Le sujet néanmoins doit fuir, s'il le peut, et chercher à se mettre sous la protection d'un tiers, qui ne dépend pas du Prince. Que s'il n'y a pas moyen de se sauver, il faut se résoudre à mourir, plutôt que de tuer ; non pas tant à cause du Prince même, qu'à cause de tout l'État, qui en ces sortes d'occasions est ordinairement exposé à de grands troubles.

Il admet finalement

qu'un sujet peut quelquefois innocemment avoir recours à la force pour défendre sa vie, dans la dernière extrémité, contre la fureur de son Souverain⁴³.

mais ajoute immédiatement qu'

il ne s'ensuivrait pas de là que les autres Sujets du même Prince fussent en droit pour cela seul de lui refuser désormais leur obéissance, ou d'arracher par force d'entre ses mains l'innocent qu'il veut opprimer⁴⁴.

Locke est allé relativement loin concernant cette question. Il dit :

Peut-on, dès lors, *s'opposer aux ordres d'un prince* ? Est-il légitime de lui résister toutes les fois que l'on s'estime lésé et qu'on s'imagine que justice ne nous a pas été rendue ? Ce serait ébranler et renverser toutes les sociétés politiques et, au lieu du gouvernement et de l'ordre, ne laisser subsister que l'anarchie et la confusion. À ceci, je réponds qu'il ne faut *opposer la force* qu'à la *force* injuste et illégitime ; dans tous les autres cas, celui qui oppose de la résistance attire sur lui la juste condamnation de Dieu et des hommes ; les dangers et les conditions qui pourraient s'ensuivre, comme on le dit souvent, n'existent donc pas⁴⁵.

La résistance est justifiable si l'usage de la force par le gouvernement est non seulement injuste, mais aussi illégal – c'est-à-dire contraire non seulement au droit naturel, mais aussi au droit positif. Mais qui est compétent pour décider de cette question ? Pas un individu particulier. Car l'effet de l'établissement d'une république est que

tous les jugements privés des membres particuliers étant exclus, la communauté accède au rang d'arbitre ; grâce à des règles permanentes, neutres et identiques pour tous, grâce aussi à des hommes à qui la communauté donne l'autorité de faire exécuter ces règles, elle décide de tous les différends qui peuvent surgir à propos des questions de droit entre les membres de cette société ; grâce aux peines prévues par les lois, la communauté punit les offenses que l'un des membres aura commises à l'encontre de cette société⁴⁶.

Par conséquent, chaque fois qu'un certain nombre d'hommes sont ainsi réunis en une seule société, qu'ils renoncent, chacun pour son compte, à leur pouvoir

⁴³ *Ibid.*, p. 329-330.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ J. LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, 1690, chap. XVIII, par. 203-4 [*Le second traité du gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994, p. 148].

⁴⁶ *Ibid.*, chap. VII, par. 87 [trad. p. 62].

de faire exécuter la loi de nature et le cèdent au public, là et là seulement, il existe une *société politique ou civile*... Ce qui fait que *les hommes sortent* de l'état de nature et *entrent* dans une *république*, c'est donc l'institution, ici-bas, d'un juge investi de l'autorité de trancher toutes les controverses et de réparer les torts susceptibles d'être faits à tous les membres de la communauté : ce juge, c'est le législatif, ou les magistrats qu'il nomme⁴⁷.

Cela pourrait être interprété comme signifiant que la question de savoir s'il existe un usage injuste et contraire à la loi de la force par le gouvernement doit être tranchée par les autorités établies par le droit positif, mais dans un autre contexte, Locke défend un autre point de vue.

Qui sera juge que le prince ou le législatif agissent en contradiction avec leur mission ? Il peut s'agir de gens mal intentionnés ou de factieux qui répandent cette idée parmi le peuple, alors que le prince ne fait qu'user de sa légitime prérogative. Voici ma réponse : *c'est le peuple qui sera juge*. À qui appartient-il en effet de *juger* si le mandataire ou le député agit honnêtement et en conformité avec la mission qui lui a été confiée, sinon celui à qui l'a mandaté et qui, du fait même qu'il l'a mandaté, doit conserver le pouvoir de le démettre lorsqu'il faillit à sa mission ? Si cela est raisonnable lorsqu'il s'agit des affaires privées de simples particuliers, pourquoi en irait-il autrement dans une affaire de la plus haute importance, où le bien-être de millions d'hommes est engagé, où le mal, s'il n'est prévenu, est plus considérable, et sa séparation fort malaisée, coûteuse et dangereuse⁴⁸ ?

Mais peu d'auteurs de droit naturel sont allés aussi loin que Locke. Kant, par exemple, dont la philosophie du droit est une application typique de la doctrine du droit naturel, souligne que « contre le législateur suprême de l'État, il n'y a donc point d'opposition légale du peuple de la part du peuple » et que la résistance est particulièrement répréhensible : « il n'y a donc pas non plus un droit de sédition (*seditio*), encore moins un droit de rébellion (*rebellio*), et envers lui comme personne singulière (le monarque), sous prétexte d'abus de pouvoir (*tyrannis*) pas le moins du monde un droit d'attenter à sa personne, et même à sa vie (*monarchomachismus sub specie tyrannidii*)⁴⁹. »

L'opinion selon laquelle l'interprétation du droit naturel est la prérogative des autorités établies par le droit positif et qu'il n'existe pas – ou seulement un droit de résistance très restreint et pratiquement inefficace – contre ces autorités revient à dénaturer complètement la doctrine du droit naturel. Une analyse critique de ces travaux classiques montre que sa fonction n'était pas – comme l'implique l'idée d'un droit naturel supérieur au droit positif – d'affaiblir, mais de renforcer l'autorité du droit positif. La doctrine du droit naturel a, dans l'ensemble, un caractère strictement conservateur. Sa tendance réformatrice, d'une certaine importance dans le domaine du droit international, est plutôt surestimée en ce qui concerne le droit national. Il est très caractéristique que là où apparaît cette tendance réformatrice, l'adaptation du droit positif à ce qui est présenté comme le droit naturel n'est pas censée être l'effet automatique de ce dernier, mais est attendue comme le résultat d'un acte de l'autorité législative. De plus, certains adeptes de la doctrine du droit naturel étaient résolument opposés aux réformes législatives. Ainsi, par exemple, un représentant très influent de la doctrine

⁴⁷ *Ibid.*, par. 89 [trad. p. 64].

⁴⁸ *Ibid.*, chap. XIX, par. 240 [trad. p. 174].

⁴⁹ E. KANT, « Die Metaphysik der Sitten », in *Kant's Gesammelte Schriften, herausgeg. von der Kgl. preussischen Akademie der Wissenschaften*, vol. VI, p. 320 Berlin, G. Reimer, 1914 [trad. A. Philonenko, 5^e ed., Paris, Vrin, 1993, p. 202-203].

protestante du droit naturel, Benedictus Winkler, dans son ouvrage *Principiorum Juris Libri Quinque* (1615) attaque « *novatores* », ceux qui introduisent des innovations dans le domaine du droit. « Ils osent, dit-il, ébranler les fondements mêmes de la justice » [traduction personnelle]. Les changements soudains de la loi sont toujours dangereux⁵⁰. Ce n'est que la conséquence de son point de vue, défendu également par presque tous les autres auteurs, selon lequel non seulement la loi naturelle mais aussi la loi positive « *jubet bona* », pourvoit le bien.

IV

Puisque le jugement selon lequel un certain comportement humain ou une institution sociale est « naturel » signifie, en vérité, seulement que le comportement ou l'institution sociale est conforme à une norme présumée, basée sur un jugement de valeur subjectif de l'auteur particulier présentant une doctrine de droit naturel, il n'y a pas une doctrine de droit naturel, mais plusieurs, prônant des principes assez contradictoires. Selon Hobbes, la raison enseigne que le pouvoir du gouvernement établi en conformité avec le droit naturel est par nature absolu, c'est-à-dire illimité.

La somme de ces droits de souveraineté, à savoir l'usage absolu du glaive dans la paix et dans la guerre, l'élaboration et l'abrogation des lois, le jugement et la décision suprême dans tous les débats et délibérations de justice, la nomination de tous les magistrats et de tous les ministres, ainsi que d'autres droits qui y sont contenus, fait que le pouvoir souverain est non moins absolu en la république que ne l'était, avant la république, le pouvoir de tout homme de faire ou de ne pas faire ce qu'il pensait être bon. [...] Et, par conséquent, certains ont imaginé qu'une république peut être constituée de telle manière que le pouvoir souverain puisse être limité et modéré selon ce qu'ils pensent eux-mêmes être convenable⁵¹. La souveraineté est indivisible ; et cet apparent mélange de plusieurs genres de gouvernements, n'est pas un mélange des choses elles-mêmes, mais la confusion de nos entendements qui ne peuvent établir aisément à qui nous nous sommes assujettis⁵².

Mais Locke déduit de la nature que

Le pouvoir *suprême* [...] n'est ni ne saurait être en aucune manière un pouvoir *arbitraire* sur les vies et sur les biens du peuple. Car, n'étant que la fusion des pouvoirs que tous les membres de la société ont remis à la personne ou à l'assemblée cherchée de faire des lois, il ne peut excéder le pouvoir que ces personnes possédaient dans l'état de nature avant d'entrer en société, et qu'elles ont remis à la communauté. Personne ne peut en effet transférer à autrui plus de pouvoir qu'il n'en possède lui-même ; et personne ne possède, ni sur soi-même ni sur autrui, le pouvoir absolu et arbitraire de détruire sa propre vie ou d'enlever à quelqu'un d'autre sa vie et sa propriété⁵³.

Même s'ils en avaient eu le pouvoir, on ne peut supposer qu'ils aient eu l'intention de céder à un homme, ou à plusieurs, un *pouvoir absolu et arbitraire* sur leurs personnes et sur leurs biens, et de placer entre les mains du magistrat

⁵⁰ Voir les passages cités dans H. Kelsen, « Naturrecht and positives Recht: Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses », art. cité, p. 83.

⁵¹ T. HOBBS, *The Elements of Law*, op. cit., p. 87 sq. [*Éléments du droit naturel et politique*, op. cit., p. 154].

⁵² *Ibid.*, p. 89 sq. [trad. p. 157].

⁵³ J. LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, op. cit., chap. XI, par. 135 [*Le second traité du gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, op. cit., p. 97].

une force telle qu'il puisse leur imposer l'exécution de sa volonté arbitraire et sans limites. C'eût été se mettre dans une condition pire que l'état de nature, où chacun avait la liberté de défendre ses droits contre les injustices d'autrui, et où chacun était à égalité de forces pour les défendre contre les empiètements d'un seul homme ou de plusieurs joints ensemble⁵⁴.

Après Locke, Rousseau écrit :

Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. Enfin c'est une convention vaine et contradictoire de stipuler d'une part une autorité absolue et de l'autre une obéissance sans bornes. N'est-il pas clair qu'on n'est engagé à rien envers celui dont on a droit de tout exiger, et cette seule condition sans équivalent, sans échange, n'entraîne-t-elle pas la nullité de l'acte ?⁵⁵

Puisque, selon cette version de la doctrine de la loi naturelle, le pouvoir de l'État est nécessairement limité, la monarchie absolue est contre nature. Locke déclare :

Il est dès lors évident que la *monarchie absolue*, que certains considèrent comme la seule forme de gouvernement qui soit au monde, est en fait *incompatible avec la société civile*, et qu'elle ne peut donc pas du tout être une forme de gouvernement civil⁵⁶.

La seule forme de gouvernement en adéquation avec la loi de la nature est la démocratie, c'est-à-dire un gouvernement dont le pouvoir est dérivé du peuple.

Les hommes étant, comme on l'a dit, naturellement libres, égaux et indépendants, on ne peut mettre aucun d'eux hors de cet état, ni l'assujettir au pouvoir politique d'un autre, sans son propre *consentement*⁵⁷.

Par conséquent, on doit supposer que tous ceux qui sortent de l'état de nature pour former une *communauté* abandonnent entre les mains de la majorité tout le pouvoir qui est nécessaire pour atteindre les fins en vue desquelles ils s'unissent en société, à moins que l'on ne soit expressément convenu d'un quantum supérieur à la majorité. Cet abandon se fait par la seule convention de s'unir pour former une société politique ; c'est le *seul contrat* qui ait lieu et qui soit nécessaire entre les individus qui entrent dans une *république* ou en créent une nouvelle. Ainsi, ce qui commence une *société politique* et qui la constitue effectivement, ce n'est rien d'autre que l'acte par lequel un certain nombre d'hommes libres, qui sont disposés à accepter le principe de majorité, consentent à s'unir et à former un corps pour constituer une telle société. C'est cela et cela seul, qui a pu ou qui pourrait encore donner naissance à un *gouvernement légitime* dans le monde⁵⁸.

Mais par la même méthode, Filmer prouve que la démocratie est contraire à la loi de nature. Sa thèse principale est la suivante :

Il est contre nature que le peuple gouverne ou choisisse ses gouvernants⁵⁹.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 137 [trad. p. 99-100].

⁵⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Bk. I, chap. IV [édition critique par Simone Goyard-Fabre, H. Champion, Paris, 2010, p. 122-123].

⁵⁶ J. LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, *op. cit.*, chap. VII, par. 90 [*Le second traité du gouvernement*, trad., *op. cit.*, p. 64-65].

⁵⁷ *Ibid.*, chap. VIII, par. 95 [trad. p. 70].

⁵⁸ *Ibid.*, par. 99 [trad. p. 73].

⁵⁹ Sir R. FILMER, *Patriarcha*, chap. II, par. 1 [*Patriarcha ou le pouvoir naturel des rois*, trad. M. Biziou, C. Duflo, H. Pharabod, P. Thierry, B. Trotignon, L'Harmattan, 1991, p. 103].

Il objecte à ceux qui placent le pouvoir suprême dans l'entière du peuple :

A-t-on jamais ouï dire qu'une réunion générale d'un royaume entier ne soit jamais tenue pour l'élection d'un prince ? Y a-t-il un seul exemple de ceci dans le monde entier ? Concevoir une telle chose, c'est tout simplement imaginer l'impossible, et, par conséquent, nulle forme de gouvernement ou de royauté ne fut jamais établie selon cette prétendue loi de nature⁶⁰.

Et concernant le principe majoritaire, il dit :

À moins de prouver que par la loi de nature la majorité ou quelque autre partie a le pouvoir de régner sur le reste de la multitude, il s'ensuit que les votes de multitudes qui ne seraient pas complètes ne lient pas tout le monde, mais seulement ceux qui les acceptent⁶¹.

Son argument le plus sérieux est que « Dieu a toujours gouverné son propre peuple par la seule monarchie⁶² ».

Le problème le plus crucial de notre époque est le principe de propriété privée et la justice du système juridique et économique basé sur ce principe. Le fait que l'on observe dans la science du droit et la théorie politique récentes un renouveau assez remarquable de la doctrine du droit naturel peut s'expliquer dans une large mesure par l'idée, répandue parmi les juristes et les hommes politiques, que le système capitaliste, dans sa lutte contre le communisme, ne peut être efficacement défendu que par cette doctrine. En effet, les plus grands défenseurs du droit naturel, de Grotius à Kant, ont fait de leur mieux pour prouver que la propriété privée est un droit sacré conféré par la nature divine à l'homme.

Cette conclusion de la doctrine du droit naturel apparaît d'autant plus remarquable si l'on considère que les révélations de l'Écriture Sainte révèlent que Dieu a donné toutes choses en commun à tous les hommes. Il était donc assez difficile de prouver que la propriété privée, c'est-à-dire la possession d'une chose par un homme à l'exclusion de tous les autres, était conforme à la nature créée par Dieu. Or, de même que l'homme qui, bien que créé à l'image de Dieu et donc bon à l'origine, est tombé dans le péché et est ainsi devenu mauvais conformément à la providence divine, de même, après la chute de l'homme, les choses sont devenues la propriété privée de l'homme conformément à la seconde nature, la nature postlapsaire. Ainsi Grotius, par exemple, admet que Dieu a originellement établi une communauté de biens ; mais il dit que cet état des choses ne correspondait qu'à « une grande simplicité des mœurs », dont Adam est le type. Il ajoute : « il y avait en eux [...] l'ignorance des vices », « l'incorruptibilité ». « Mais les hommes ne persévèrent point dans cette vie simple et innocente » et, au cours de cette dégénérescence, « on s'écarta de cette communauté des premiers âges, d'abord quant aux choses mobilières, ensuite quant aux immeubles ». Grotius, se référant à l'autorité de Cicéron, insiste sur le fait que ce changement est permis « quand la nature n'y répugne pas⁶³ ».

⁶⁰ *Ibid.*, par. 5 [trad. p. 114].

⁶¹ *Ibid.*, par. 6 [trad. p. 115].

⁶² *Ibid.*, par. 10 [trad. p. 118].

⁶³ H. GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis*, *op. cit.*, Bk. II, chap. II [trad. M. P. Pradier-Fodéré, Paris, Librairie de Guillaumin, 1865, p. 385 sq].

L'une des tentatives les plus originales pour déduire le droit de propriété privée de la nature est celle de Richard Cumberland, évêque de Peterborough, auteur d'un célèbre traité sur le droit naturel⁶⁴. Il écrit :

En voilà assez pour faire voir, comment la Nature des Choses nous fournit des idées du Bien et du Mal, même d'un Bien et d'un Mal *Commun*, aussi certaines et aussi invariables, que celles qui nous indiquent les Causes de la Génération et de la Corruption des choses. Je passe à une autre réflexion, c'est que la *Matière* et le *Mouvement*, en quoi consistent les Forces du Corps Humain, aussi bien que les autres Parties du Monde Visible, ont une *quantité finie*, et certaines bornes au-delà desquelles leur vertu ne saurait s'étendre. De là suivent ces Maximes si connues, au sujet de tous les Corps Naturels, *Qu'ils ne peuvent être en plusieurs Lieux, à la fois ; que le même Corps ne saurait se mouvoir en même temps vers plusieurs Lieux, surtout situés à l'opposé l'un de l'autre, en sorte qu'il s'accommode aux volontés opposées de plusieurs Hommes, à moins que plusieurs ne s'accordent à produire un seul et même Effet, une seule et même Utilité*⁶⁵.

De là il s'ensuit, que les Hommes, qui sont obligés de travailler à l'avancement du Bien Commun, doivent aussi être indispensablement tenus de consentir, que l'usage des Choses, et le Service des Personnes, autant qu'ils sont nécessaires à chacun pour contribuer au Bien Public, lui soient accordés, en sorte qu'on ne puisse les lui ôter ou les lui refuser légitimement, tant que cette nécessité dure ; c'est-à-dire, que chacun, du moins pour ce temps-là, devienne maître en propre de telles Choses et de telles Actions, et que jusque-là elles soient appelées *siennes* [...]. La nature des choses nous fait donc manifestement connaître, qu'il est nécessaire pour le Bonheur de chacun, pour sa vie et sa santé, d'où dépendent tous les autres avantages, que chacun ait au moins pour un temps, un certain usage des choses, exclusivement à tout autre⁶⁶.

La loi de nature n'établit pas seulement le droit de propriété individuelle, elle prescrit également l'inviolabilité de ce droit.

La même Raison, et la même Loi Naturelle, qui, pour l'avancement du Bonheur Commun, ordonne d'établir des Domaines distincts sur les Choses et sur les personnes, prescrit encore plus clairement de maintenir inviolablement ces droits déjà établis, et que l'expérience nous fait voir être assez convenables par rapport à cette Fin. Il est clair, que le partage des Domaines fait par nos Ancêtres, et confirmé par le consentement ou par la permission de tous les Peuples et de tous les États Civils, a suffi pour la naissance et la conservation de chacun de ceux qui vivent aujourd'hui, et pour procurer tout le bonheur que nous voyons que le Genre Humain jouit : que de plus, par un effet de ce même partage, il y a entre les Hommes des Commerces, et des occasions de s'aider réciproquement, à la faveur de quoi tous peuvent parvenir à de plus hauts degrés de Bonheur, et dans cette Vie, et dans la Vie à venir⁶⁷.

La répartition des biens établie conformément au droit naturel par le droit positif de la propriété est juste ; elle garantit le plus grand bonheur possible. Par conséquent, toute tentative de la modifier et de la remplacer par un autre système économique est contraire à la loi de nature, et donc injuste :

Il est clair encore, que les avantages qui nous reviennent actuellement d'un tel partage, et ceux que nous avons toutes les raisons du monde d'en attendre dans

⁶⁴ R. CUMBERLAND, *De Legibus Naturae*, London, 1672. English translation: *A Treatise of The Laws of Nature*, London, Londini, 1727 [*Traité philosophique des lois naturelles* traduit du latin par Jean Barbeyrac, Amsterdam, éd. Pierre Mortier, 1744].

⁶⁵ *Ibid.*, chap. I, par. 21 [trad. p. 67].

⁶⁶ *Ibid.*, chap. VII, par. 2 [trad. p. 346-347].

⁶⁷ *Ibid.*, par. 9 [trad. p. 356-357].

la suite, sont si grands, qu'aucun homme sage ne pourrait s'en promettre de pareils, en violant et renversant toute sorte de Droits, Divins et Humains, que nous trouvons établis, et en tâchant d'introduire un nouveau partage de toutes choses, qui parût plus convenable, selon le jugement ou au gré des passions de chacun. Car c'est un trop grand ouvrage, pour que chaque Homme en particulier, ou chaque Assemblée d'Hommes, soit capable d'apercevoir ou de bien comprendre la manière d'y réussir : et il est aisé de prévoir, qu'il y aurait entre un si grand nombre de gens tant d'opinions différentes, que tout serait aussitôt plein de guerres et de misères. Ainsi le défi d'innovation, en matière des choses qui concernent le Domaine ou la Propriété, est manifestement injuste, parce qu'il est contraire à une Loi qui a une étroite liaison avec le Bien Commun. Thucydide a dit, que *chacun doit maintenir la forme de Gouvernement Civil qu'il a trouvée établie* ; et Grotius approuve cette pensée. Je suis de même avis, et je crois de plus, qu'il faut l'étendre à cette grande Société de tous les Êtres Raisonnable que j'appelle le Royaume de Dieu ; et la maxime a lieu non seulement par rapport à la forme du Gouvernement, qui renferme un partage des principaux Services, mais encore généralement à l'égard du partage de toutes choses. Sur ce pié-là je soutiens, qu'il est juste de conserver inviolablement l'ancien partage des Domaines sur les Choses et sur les Personnes, tant entre les diverses Nations, que dans chaque État. Car l'expérience a fait voir que ce partage est utile pour le Bien Commun ; et on ne saurait concevoir aucune Loi Naturelle, qui, sans préjudice de cette excellente Fin, ait jamais défendu un tel partage : ainsi personne n'a pu se plaindre qu'on lui fit par-là du tort. Or la même raison qui obligeait les Hommes anciennement à introduire un partage, sur la nécessité duquel tous ceux qui jugeaient bien s'accordaient nécessairement ; a depuis obligé leurs successeurs à l'approuver et le maintenir⁶⁸.

De nombreux adeptes de la doctrine du droit naturel soutiennent que l'un des buts essentiels de l'État, c'est-à-dire celui du droit positif, est de protéger le droit de propriété établi par le droit naturel ; et qu'il est au-delà du pouvoir de l'État, parce que contraire à la nature, d'abolir ce droit, qui existe indépendamment du droit positif. La thèse de Locke selon laquelle le pouvoir de l'État est limité par le droit naturel se réfère en premier lieu à la propriété. Il écrit :

Le pouvoir suprême ne peut enlever à aucun homme aucune partie de sa propriété sans son propre consentement. Car la préservation de la propriété étant la fin du gouvernement et le motif pour lequel les hommes sont entrés en société, elle suppose et requiert nécessairement que le peuple ait quelque propriété, sans quoi l'on devrait supposer qu'en entrant en société, on perd précisément ce que l'on veut préserver lorsqu'on y entre ; c'est là une absurdité trop énorme pour que personne puisse l'admettre. Donc, parce que les hommes en société ont une propriété, ils ont, sur les biens qui leur appartiennent par la loi de la communauté, un droit dont personne n'a le droit de leur enlever la substance, ni même une partie, sans leur consentement ; autrement, ils n'ont absolument aucune propriété. Car je n'ai aucune véritable propriété sur une chose qu'un autre a le droit de m'enlever sans mon consentement lorsqu'il lui plaît. C'est donc une erreur de penser que le pouvoir suprême ou législatif d'une république peut faire tout ce qu'il veut, et disposer arbitrairement des biens de ses sujets, ou en prendre une partie selon sa fantaisie [...]. Et pour nous rendre compte que même un pouvoir absolu, lorsqu'il est nécessaire, n'est pas arbitraire du fait qu'il est absolu, mais qu'il demeure limité et borné pour la même raison et pour les mêmes fins qui exigent qu'il soit absolu dans certains cas, nous n'avons qu'à observer l'usage ordinaire de la discipline militaire. La sauvegarde de l'armée et, par elle, la sauvegarde de toute la république, exige une obéissance absolue aux ordres de tout officier supérieur, et c'est à juste titre que l'on punit de mort toute

⁶⁸ *Ibid.*

désobéissance ou toute contestation de ces ordres, fussent-ils les plus dangereux ou les plus déraisonnables ; et pourtant, nous voyons qu'un sergent, qui peut donner à un soldat l'ordre de marcher sur la gueule d'un canon ou de se tenir sur une brèche où il est presque assuré d'être tué, ne peut cependant pas ordonner à ce soldat de lui donner un penny de son argent ; de même, le *général*, qui peut le condamner à mort pour avoir déserté son poste ou pour n'avoir pas obéi aux ordres les plus désespérés, ne peut malgré tout son pouvoir absolu de vie et de mort, disposer du moindre liard sur ce que possède ce soldat, ni se saisir de la moindre parcelle de ses biens ; et pourtant, il peut lui ordonner n'importe quoi, et le faire pendre à la moindre désobéissance. C'est qu'une telle désobéissance aveugle est nécessaire à la fin pour laquelle le chef militaire détient son pouvoir, à savoir la sauvegarde de l'ensemble de l'armée, mais quant à disposer des biens de ses soldats, cela n'a rien à voir avec cette fin⁶⁹.

Il n'y a pas de droit absolu à la vie, mais il y a un droit absolu à la propriété. La droite raison, implicite dans la nature, enseigne que la propriété a encore plus de valeur que la vie.

Au vu de ces déclarations, faites par des autorités généralement reconnues, il est compréhensible que la doctrine du droit naturel soit considérée comme un solide bastion dans la défense contre le communisme, mais on ne peut guère s'y fier. Car sur la base de la doctrine du droit naturel, et avec ses méthodes spécifiques, il a également été prouvé que la propriété privée est contre nature et la source de tous les maux sociaux. Pour éradiquer ces maux, rien d'autre n'est nécessaire que d'abolir la propriété privée et d'établir le communisme, le seul système économique dicté par la nature. Telle est la thèse principale d'un ouvrage qui, sous le titre *Code de la nature, ou le véritable esprit de ses lois*, a été publié anonymement à Paris en 1755⁷⁰. Son auteur était un certain Morelly dont nous savons très peu de choses. Il est important de noter que l'ouvrage a été initialement attribué au célèbre encyclopédiste Diderot. Il est devenu le « grand livre socialiste du XVIII^e »⁷¹. Babeuf, le leader d'un mouvement communiste au sein de la Révolution française, se référait fréquemment au *Code de la nature*, qui anticipait de nombreuses idées développées plus tard par Fourier et d'autres communistes⁷². Le *Code de la Nature*, comme son titre l'indique, est un enfant légitime de la doctrine du droit naturel. Il part de l'hypothèse que la nature a des intentions déterminées, que ces intentions sont intelligibles et visent au bonheur de l'humanité, et que la justice ne peut être établie qu'en conformant nos institutions sociales aux intentions de la nature. Morelly pose comme « principe incontestable » que « la nature est une, constante, invariable » ; que les lois de nature sont « en général tout ce qui produit dans les créatures animées des inclinations paisibles » et que « tout ce qui éloigne de ces doux penchants, est dénaturé⁷³ ». Ainsi, Morelly – comme beaucoup d'adeptes de

⁶⁹ J. LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, op. cit., chap. XI, pars. 138, 139 [*Le second traité du gouvernement*, op. cit., p. 101-102].

⁷⁰ E.-G. MORELLY, *Code de la nature ou Le véritable esprit de ses lois* dans E. DOLLÉANS, *Collection des Économistes et des Réformateurs Sociaux de la France*, Paris, Geuthner, 1910. Traduit en anglais par l'auteur [Paris, Raymond Clavreuil, 1950].

⁷¹ A. LICHTENBERGER, *Le socialisme au XVIII^e siècle*, Paris, Germer Baillière et Cie, Félix Alcan, 1895, p. 114.

⁷² Voir E.-G. MORELLY, *Code de la nature ou Le véritable esprit de ses lois* dans E. DOLLÉANS, *Collection des Économistes et des Réformateurs Sociaux de la France*, op. cit., p. 5 sq. Voir aussi K. MARTIN, *French Liberal Thought in the Eighteenth Century*, Londres, Benn, 1929, p. 243.

⁷³ E.-G. MORELLY *Code de la nature*, op. cit., p. 23 [Traduit en anglais par l'auteur, Paris, Raymond Clavreuil, 1950, p. 184].

la doctrine du droit naturel – croit que la nature humaine est fondamentalement bonne. Il suppose « la probité naturelle de la créature raisonnable⁷⁴ » et proclame « la première loi naturelle de sociabilité⁷⁵ ». Il soutient « combien il était facile aux premiers législateurs de reconnaître les intentions de la Nature, et d’y conférer leurs institutions⁷⁶ ». Selon cette interprétation, la loi de sociabilité signifie que « la Nature a distribué les forces de l’humanité entière avec différentes proportions entre tous les individus de l’espèce ; mais elle leur a indivisiblement laissé la propriété du champ producteur de ses dons, à tous et un chacun l’usage de ses libéralités. Le monde est une table suffisamment garnie pour tous les convives, dont tous les mets appartiennent, tantôt à tous, parce que les autres sont rassasiés ; ainsi personne n’en est absolument le maître ni n’a droit de prétendre l’être⁷⁷ ». Par conséquent, la propriété individuelle est contre nature. Les législateurs positifs, en établissant la propriété individuelle, se rendent coupables d’« un partage monstrueux des productions de la Nature et des éléments même, en divisant ce qui devait rester dans son entier ou y être remis si quelque accident l’avait divisé, ont aidé et favorisé la ruine de toute sociabilité⁷⁸ » ; ce faisant, « ils avaient contre eux la raison de la Nature⁷⁹ ». En établissant la propriété individuelle, le législateur reconnaît l’intérêt individuel de l’homme et crée ainsi une situation sociale où l’avarice, le pire des vices et la source de tous les autres, doit prévaloir. « Or, cette peste universelle, l’*intérêt particulier*, cette fièvre lente, cette *éthisie* de toute société aurait-elle pu prendre où elle n’eût jamais trouvé, non-seulement d’aliment, mais le moindre ferment dangereux ? Je crois qu’on ne contestera pas l’évidence de cette proposition : *que là où il n’existerait aucune propriété, il ne peut exister aucune de ses pernicieuses conséquences*⁸⁰. » Si l’on veut réaliser les « sages intentions de la Nature » et « *trouver une situation dans laquelle l’homme soit aussi heureux et aussi bienfaisant qu’il le peut être en cette vie*⁸¹ », nous devons « attaquer les erreurs et les préjugés qui soutiennent l’esprit de propriété : ce monstre terrassé⁸² » et établir un ordre social dans lequel rien dans la société n’appartient en propre aux individus, si ce n’est les choses dont ils ont besoin pour leur usage immédiat, pour la satisfaction de leurs besoins, pour leur plaisir, ou pour leur travail journalier ; un ordre social où chaque citoyen est un fonctionnaire public, soutenu et occupé par la société et obligé de contribuer au bien public selon ses forces, ses talents et son âge⁸³. Voilà l’essence du communisme⁸⁴. Il va sans dire que la loi de nature sur laquelle Morelly fonde son idéal communiste a un caractère profondément religieux. Il confesse comme sa croyance : « Je ne m’arrêterai point à prouver ce que personne ne contestera, que dans l’ordre général de l’univers, tout est aux yeux de son Auteur infiniment sage, aussi bon et aussi bien qu’il est possible qu’il le soit,

⁷⁴ *Ibid.*, p. 17 [p. 173].

⁷⁵ *Ibid.*, p. 36 [p. 205].

⁷⁶ *Ibid.* [p. 208].

⁷⁷ *Ibid.*, p. 13 [p. 167].

⁷⁸ *Ibid.*, p. 37 [p. 206].

⁷⁹ *Ibid.*, p. 39 [p. 210].

⁸⁰ *Ibid.*, p. 16 [p. 172, en italique dans le texte].

⁸¹ *Ibid.*, p. 84 [p. 283, en italique dans le texte].

⁸² *Ibid.* [p. 284].

⁸³ *Ibid.*, p. 85 sq. [p. 286].

⁸⁴ Une édition russe du *Code de la nature* de Morelly suivi d’un commentaire a été publiée en 1947.

et que rien ne peut lui être désagréable dans son ouvrage. Il n'y a donc point de mal physique en présence du Créateur⁸⁵. » Dans la constitution de son État idéal, l'éducation religieuse des enfants est obligatoire. Ils doivent apprendre qu'il existe un Être suprême, auteur de l'univers et cause bienfaisante de tout ce qui est bon⁸⁶.

V

La raison pour laquelle la doctrine du droit naturel, malgré ses évidentes lacunes, a eu, et aura probablement toujours, une grande influence sur la pensée sociale est qu'elle satisfait un besoin profondément enraciné dans l'esprit humain, le besoin de justification. Pour justifier les jugements de valeur subjectifs qui émergent de l'élément émotionnel de sa conscience, l'homme tente de les présenter comme des principes objectifs en leur conférant le statut de vérité, d'en faire des propositions du même ordre que les déclarations sur la réalité. Il prétend donc les déduire de la réalité, ce qui implique que la valeur est immanente à la réalité. Mais la réalité peut être conçue non seulement comme la nature, mais aussi comme la société ou l'histoire, déterminées par des lois analogues aux lois de la nature. On peut alors tenter de déduire de ces lois l'ordre juste des relations humaines. Tel est le penchant essentiel de la sociologie et de la philosophie de l'histoire telles qu'elles se sont développées au XIX^e siècle. Bien que ces deux disciplines soient directement opposées à la doctrine du droit naturel, elles appliquent la même méthode et se heurtent donc à la même erreur que la doctrine qu'elles entendent remplacer – la déduction de l'être à partir du devoir-être.

Les plus éminents représentants de la sociologie du XIX^e siècle sont Auguste Comte et Herbert Spencer. Tous deux partent de l'hypothèse que la vie sociale des hommes est déterminée par des lois causales, tout comme la nature ; et, sous l'influence de la théorie de l'évolution organique développée dans le domaine de la biologie d'abord par Lamarck et ensuite par Darwin, ils sont arrivés à l'hypothèse d'une loi sociale de l'évolution. Les principaux ouvrages des deux écrivains, le célèbre *Cours de Philosophie positive* de Comte⁸⁷ et les *Principes de Sociologie* de Spencer⁸⁸, se caractérisent par la confusion entre la description et l'explication de la vie sociale réelle et la proclamation de postulats normatifs, entre des affirmations sur la réalité sociale et sur l'avenir de la société et des jugements de valeur politiques. Les deux auteurs prétendent avoir trouvé une loi fondamentale de l'évolution par laquelle non seulement le passé et le présent peuvent être expliqués, mais aussi l'avenir, en tant que résultat nécessaire de l'évolution précédente, peut dans une certaine mesure être prédit. Les deux auteurs soutiennent que cette loi fondamentale de l'évolution sociale indique un progrès permanent de l'humanité d'un stade inférieur à un stade supérieur, et finalement à un stade le plus élevé ; et le stade le plus élevé – dans les théories des deux auteurs – coïncide avec leur idéal politique, qu'ils déduisent ainsi de la loi fondamentale de l'évolution progressive, tout comme la doctrine du droit naturel déduit la loi juste de la nature. L'hypothèse selon laquelle l'évolution sociale est progressive, c'est-à-dire qu'elle conduit d'un stade inférieur à un stade supérieur de civilisation, implique qu'une valeur sociale est immanente à la réalité sociale

⁸⁵ *Ibid.*, p. 57 [p. 241].

⁸⁶ *Ibid.*, p. 103 [p. 317].

⁸⁷ Dont la première publication date de 1830.

⁸⁸ Dont la première publication date de 1855.

– présumé caractéristique de la doctrine du droit naturel. Comte comme Spencer partent de ce présumé comme d'une évidence. Mais puisque la valeur n'est pas et ne peut pas être immanente à la réalité et qu'elle n'est donc pas objectivement vérifiable, comme l'est la réalité, mais au contraire hautement subjective, il va de soi que la loi fondamentale de l'évolution selon Comte conduit à un résultat tout à fait différent de celui qui, selon Spencer, est l'effet nécessaire de l'évolution.

Selon la loi fondamentale de l'évolution formulée par Comte, l'humanité passe par trois stades successifs : le stade théologique, le stade métaphysique et le stade positif. Les caractéristiques de ces trois stades n'ont aucun intérêt dans ce contexte. Seul importe le troisième stade, le plus élevé de l'évolution sociale, qui est le résultat nécessaire de l'évolution sociale et en même temps l'état idéal de la société. Cela ressemble à bien des égards à *La République* de Platon⁸⁹. Tout comme Platon, Comte part du dualisme fondamental de la vie spéculative et de la vie pratique⁹⁰. La vie spéculative se manifeste par des activités philosophiques ou scientifiques et esthétiques ou poétiques, la vie pratique par des activités industrielles⁹¹. Comte considère la priorité du plus général et du plus simple sur le plus spécial et le plus complexe comme étant une loi fondamentale⁹² et prédit par conséquent que dans la société future, il y aura une prépondérance de la vie spéculative sur la vie active. Cette prépondérance est la caractéristique du progrès humain⁹³. De même que dans l'État idéal de Platon, la classe des philosophes domine la classe ouvrière, dans la société de l'avenir, selon la prophétie de Comte, la classe dominante sera une classe de philosophes, c'est-à-dire d'hommes de science et d'art. Il dit que

Le pouvoir spirituel futur résidera dans une classe entièrement nouvelle, sans analogie avec aucune de celles qui existent, et originairement composée de membres issus, suivant leur vocation, de tous les ordres quelconques de la société actuelle [...]. Puisque son action sociale doit, comme celle du catholicisme, précéder son organisation politique, tout ce qu'on peut faire actuellement se borne à caractériser sa destination dans le système final de la sociabilité ; de façon à montrer son aptitude à agir sur la situation générale, par l'accomplissement de travaux philosophiques qui détermineront sa formation longtemps avant qu'elle puisse être régulièrement constituée⁹⁴.

Le pouvoir spirituel exercé par la nouvelle classe dirigeante sera indépendant du « pouvoir temporel » par lequel Comte entend sans doute le gouvernement politique. La tâche du pouvoir spirituel sera de régir les opinions et les mœurs, tandis que la fonction du pouvoir temporel sera de régir les actions, la vie active,

⁸⁹ La ressemblance entre le stade positif de l'humanité de Comte et l'état idéal de Platon a été mise en évidence pour la première fois par Adolf Menzel dans son excellent essai *Naturrecht und Soziologie*, Vienne, C. Fromme, 1912, p. 38. Menzel montre que la sociologie du XIX^e siècle, malgré son opposition à la doctrine du droit naturel, a exactement le même caractère que cette dernière. Il s'agit de la présentation de postulats politiques en termes d'une loi d'évolution.

⁹⁰ A. COMTE, *Cours de Philosophie positive*, vol. VI, Paris, Bachelier, p. 50 sq. Les citations sont issues de la seconde édition préparée par E. Littré (Paris, 1864). Pour la traduction en anglais, Kelsen utilise, mais ne référence pas, la version condensée et traduite en anglais par Harriet Martineau intitulée *The Positive, Philosophy of Auguste Comte*, Londres, Trübner and Co., 1875. Les références à Comte ne correspondent pas tout à fait à l'œuvre originale, mais bien plutôt à la version de H. Martineau retraduite en français par Charles Avezac-Lavigne ici utilisée [2^{de} édition, Paris, L. Bahl, 1894].

⁹¹ *Ibid.*, vol. VI, p. 50 sq.

⁹² *Ibid.*, p. 48.

⁹³ *Ibid.*, p. 440.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 439 sq. [trad. p. 536-537].

en conformité avec les idées générales élaborées par l'autorité spirituelle. La fonction de l'autorité spirituelle, dit-il,

consiste à diriger l'éducation, restant simplement consultative en tout ce qui se rapporte à l'action où son intervention se borne à rappeler, en chaque cas, les règles de conduite primitivement établies. L'autorité temporelle, au contraire, est souveraine quant à l'action, et simplement consultative quant à l'éducation. Ainsi la grande attribution caractéristique du pouvoir spirituel moderne consiste dans l'organisation et l'application d'un système universel d'éducation positive, non seulement intellectuelle, mais aussi et surtout morale⁹⁵.

Le gouvernement, exerçant le pouvoir temporel, aura pour unique fonction de diriger le processus industriel, c'est-à-dire la vie économique. Comte dit :

L'action industrielle est divisée en production et en transmission des produits ; or la seconde est évidemment supérieure à la première par l'abstraction des opérations et la généralité des rapports [...]. Ainsi se trouve formée la hiérarchie industrielle : au premier rang les banquiers, ensuite les commerçants, puis les manufacturiers, et enfin les agriculteurs ; les travaux de ces derniers étant plus concrets et leurs rapports plus spéciaux que ceux des trois autres classes. [...] Quand une telle hiérarchie sera établie, elle préviendra le doute et la confusion, non seulement par la clarté de son principe, mais par le sentiment intérieur en chaque classe, que sa propre subordination à celle qui lui est supérieure est la condition de sa supériorité sur celle qui lui est inférieure, la plus inférieure même ayant d'ailleurs ses prérogatives spéciales⁹⁶.

La société future ne sera pas fondée – comme l'affirment les adeptes de la doctrine du droit naturel – sur l'idée de droits, mais sur le principe du devoir :

C'est ainsi que seraient réformées les dispositions populaires réformatrices, aujourd'hui la source constante d'illusions et de jongleries politiques ; et que la vaine et orageuse discussion des *droits* serait remplacée par la détermination calme et rigoureuse des *devoirs*. Le premier point de vue, critique et métaphysique, a dû prévaloir tant que la progression négative n'était pas accomplie ; le second, essentiellement organique et positif, doit présider à la régénération finale, car l'un est purement individuel, et l'autre directement social. Au lieu de faire consister politiquement les devoirs particuliers dans le respect des droits universels, on concevra donc, en sens inverse, les droits de chacun comme résultant des devoirs des autres envers lui⁹⁷.

Par conséquent, il n'y aura plus de distinction entre la fonction privée et la fonction publique ; chaque membre de la société future sera un fonctionnaire public, un agent de l'État⁹⁸ ; ce qui revient à une socialisation ou une nationalisation complète de la vie humaine. En ce qui concerne le système économique, les prédictions de Comte sont assez vagues. Dans l'ensemble, on peut l'assimiler à une sorte de socialisme modéré. La propriété individuelle sera, au moins en principe, maintenue, mais elle changera essentiellement de caractère. Elle sera plutôt un devoir qu'un droit. Son exercice ne doit jamais avoir un caractère purement individuel. Les communistes ont raison de rejeter l'institution économique de la propriété interprétée selon une philosophie individualiste. La nouvelle philosophie, c'est-à-dire la philosophie positive, voit en la propriété une

⁹⁵ *Ibid.*, p. 457 [trad. p. 543].

⁹⁶ *Ibid.*, p. 494 *sq.*, 497 [trad. p. 553-554].

⁹⁷ *Ibid.*, p. 454 [trad. p. 542-543].

⁹⁸ *Ibid.*, p. 482 [trad. p. 550].

« indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux par lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante⁹⁹ ».

Les riches se considéreront moralement comme les dépositaires des capitaux publics, dont l'emploi effectif, sans jamais entraîner aucune responsabilité politique, sauf en des cas extrêmes, n'en doit pas moins rester assujéti à une discussion morale nécessairement ouverte à tous, sous les conditions convenables, et dont l'autorité spirituelle constituera l'organe normal¹⁰⁰.

De même que, dans *La République* de Platon, les philosophes, en tant que « juges royaux », tranchent les conflits concrets, dans la société future de Comte, l'autorité spéculative, en vertu de sa valeur supérieure et de l'impartialité de son caractère, deviendra naturellement le principal arbitre des divers conflits pratiques¹⁰¹. Il faut également s'attendre à la paix mondiale et à l'établissement d'une république européenne ou occidentale¹⁰². Tout cela est le résultat nécessaire de l'évolution sociale déterminée par la loi observée et formulée par l'auteur de la philosophie positive. De cette loi, la loi fondamentale de l'évolution, Comte dit :

L'ensemble de l'histoire humaine fournit une vérification si décisive de ma théorie de l'évolution, qu'aucune loi essentielle de la philosophie naturelle ne me paraît mieux démontrée. Depuis l'origine de la civilisation jusqu'à l'état actuel des populations les plus avancées, cette théorie a expliqué scientifiquement toutes les grandes phases de l'humanité ; la participation de chacune au développement commun et leur filiation précise ; de façon à introduire une parfaite unité et une rigoureuse continuité dans ce vaste spectacle qui, autrement, paraîtrait tout à fait confus et incohérent. Une loi qui remplit ces conditions ne doit pas être regardée comme une fantaisie philosophique, mais comme l'expression abstraite de la réalité générale. On peut donc s'en servir avec une sécurité rationnelle pour lier le passé à l'avenir, en dépit de la perpétuelle variété qui caractérise la succession sociale [...]. (L'élite de) l'humanité, après avoir épuisé la vie théologique et la transition métaphysique, touche maintenant au seuil de l'existence pleinement positive, dont les éléments sont tout préparés et n'attendent que leur coordination pour former un nouveau système social, plus homogène et plus stable que ne purent jamais l'être les régimes antérieurs¹⁰³.

La loi de l'évolution progressive est aussi un outil majeur de la sociologie d'Herbert Spencer.

Les sociétés peuvent se ranger en quatre classes, simples, composées, doublement composées, triplement composées ; depuis la plus inférieure jusqu'à la plus élevée, la transition passe par tous ces degrés. On peut encore diviser les sociétés, mais avec moins de netteté, en deux groupes, les militantes et les industrielles ; l'un de ces types, dans sa forme complète, est organisé d'après le principe de la coopération forcée, tandis que l'autre, dans sa forme complète, est organisé d'après le principe de la coopération volontaire ; l'un a pour caractère non-seulement un pouvoir central despotique, mais aussi un empire absolu de l'autorité sur la conduite de l'individu ; l'autre a pour caractère non-seulement

⁹⁹ A. COMTE, *Système de politique positive*, 1851, p. 154 sq. [éd. Osnabrück Otto Zeller, 1967, tome I, p. 156].

¹⁰⁰ A. COMTE, *Cours de Philosophie positive, op. cit.*, vol. VI, p. 511 [trad. p. 559].

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 516 [trad. p. 561].

¹⁰² *Ibid.*, vol. V, p. 446 ; vol. VI, p. 511 [trad. p. 430].

¹⁰³ *Ibid.*, p. 434, 436 [trad. p. 534-535].

un pouvoir central démocratique ou représentatif, mais aussi des restrictions à l'autorité sur la conduite de l'individu¹⁰⁴.

Cette structure [du type militant de société] [...] est associée à la croyance que les membres de la société existent pour l'avantage du corps et que le corps n'existe pas pour l'avantage de ses membres. [...] La soumission absolue à l'autorité est la vertu suprême et la résistance est un crime¹⁰⁵.

Dans une société de type industriel, c'est toutefois l'idéologie inverse qui prévaut :

Au lieu de la doctrine qui impose une obéissance aveugle à l'agent qui gouverne, apparaît la doctrine qui proclame la souveraineté de la volonté du citoyen, et prétend que l'agent qui gouverne n'est là que pour réaliser cette volonté. Ainsi subordonné en autorité, le pouvoir régulateur se trouve aussi réduit en étendue. Au lieu d'étendre son autorité sur tous les genres d'actions, de grandes catégories d'actions lui échappent. On répudie son autorité sur les manières de vivre quant aux aliments, aux vêtements, aux amusements ; on ne souffre plus qu'il prescrive les méthodes de production ni qu'il réglemente le commerce. Ce n'est pas tout encore. Un nouveau devoir prend naissance, celui de résister à un gouvernement irresponsable et aussi aux excès du gouvernement responsable. Une nouvelle tendance se forme dans les minorités, celle de désobéir même à la législature qui représente la majorité, quand elle intervient d'une certaine façon dans les affaires des particuliers ; et l'opposition de la minorité aux lois qu'elle condamne, comme contraires à l'équité, en amène de temps à autre l'abolition¹⁰⁶.

La structure industrielle de la société représente le type supérieur, la structure militante le type inférieur. Le passage du type militaire au type industriel est le passage de la servitude à la liberté, de l'autocratie à la démocratie, de l'étatisme au libéralisme politique et économique.

L'implication est donc la même que précédemment. Des fonctions d'État omniprésentes caractérisent un type social bas, et le passage à un type social plus élevé est marqué par l'abandon de ces fonctions¹⁰⁷.

Le passage de l'étatisme au libéralisme, qui implique le passage du type militant au type industriel d'organisation sociale, est en même temps l'évolution d'un stade inférieur à un stade supérieur de la moralité. D'après la « morale évolutionniste » de Spencer, « la conduite obtient une sanction morale à mesure que les activités deviennent de moins en moins militantes et de plus en plus industrielles...¹⁰⁸ ». Une forme de société purement industrielle s'approche « de l'idéal moral dans son cadre de conduite plus qu'aucune autre société non purement industrielle...¹⁰⁹ ».

Spencer semble supposer que la vie humaine est une fin ultime et, en tant que telle, une valeur suprême. En effet, il interprète le jugement selon lequel une action est bonne comme signifiant qu'elle est le moyen adéquat pour la préservation de la vie. Il affirme que « l'évolution, tendant toujours à l'autoconservation, atteint sa limite lorsque la vie individuelle est la plus grande, tant en longueur qu'en

¹⁰⁴ H. SPENCER, *The Principles of Sociology*, New York, D. Appleton and Company, 1898, par. 270 [*Principes de sociologie*, Paris, Germer Baillière, 1878-1898, trad. É. Cazelles, vol. II, p. 196].

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 259 [trad. p. 152].

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 260 [trad. vol. I p. 159].

¹⁰⁷ H. SPENCER, *The Principles of Ethics*, New York, D. Appleton and Company, 1893, vol. I, par. 369, [traduction personnelle].

¹⁰⁸ *Ibid.*, par. 7 [trad. É. Alglave, dans *Les bases de la morale évolutionniste*, 8^e éd., Paris, Félix Alcan, 1905, p. 15-16].

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 54 [trad. p. 126].

largeur ». Cette évolution se déroule en trois étapes : l'autopréservation, la préservation de la progéniture, la préservation des autres hommes.

En outre, de même que l'évolution nous a paru devenir la plus haute possible lorsque la conduite assure simultanément la plus grande somme de vie à l'individu, à ses enfants et aux autres hommes, nous voyons ici que la conduite appelée bonne se perfectionne et devient la conduite considérée comme la meilleure quand elle permet d'atteindre ces trois classes de fins dans le même temps¹¹⁰.

À ce propos, Spencer déclare :

La dernière question est donc de savoir si l'évolution a été une faute, et surtout l'évolution qui perfectionne l'adaptation des actes à des fins dans les degrés ascendants de l'organisation¹¹¹.

La réponse est, bien sûr, que l'évolution n'est pas une erreur. La nature a toujours raison. Rien n'est plus caractéristique de l'éthique sociologique évolutionniste que cette question de savoir si l'évolution a été une erreur. Elle révèle la véritable nature de cette évolution, dont le stade le plus élevé – selon Spencer – n'est possible que dans le cadre d'une organisation industrielle de la société.

Une telle société n'est pas encore complètement réalisée, mais il existe une tendance « enracinée » à ce type d'organisation¹¹².

La vie humaine n'est pas la seule valeur suprême présumée dans la philosophie morale de Spencer. Il existe une autre valeur qui revendique également le rang de fin ultime : la liberté individuelle. Il semble que ce ne soit pas la vie en tant que telle, mais la vie juste, qui mérite d'être préservée ; et il y a, soutient Spencer, pour toutes les races des « lois du bien vivre¹¹³ ». Le « bien vivre » semble correspondre à la vie en liberté, car il y a des « lois de la vie qui sont maintenues dans l'état d'association¹¹⁴ », et l'une de ces lois est celle d'égale liberté, que l'auteur présente dans sa « formule de justice » comme suit : « chaque homme est libre de faire ce qu'il veut, pourvu qu'il ne porte pas atteinte à l'égale liberté d'un autre homme¹¹⁵. » Puisque l'homme, en tant qu'il appartient à la nature, déterminée par la loi de causalité, n'est pas libre, la loi de Spencer sur l'égale liberté ne peut se référer qu'à la liberté morale et politique, c'est-à-dire à la norme selon laquelle l'homme doit être libre de l'autorité sociale, en particulier de l'ingérence de l'État. Ainsi Spencer, comme la doctrine du droit naturel, déduit de la réalité naturelle et sociale, des lois de la nature, des normes morales et politiques. Il dit :

Par déduction des lois de la vie telles qu'elles sont appliquées dans les conditions sociales, et par déduction des dictats de cette conscience morale engendrée par la discipline continue de la vie sociale, nous sommes amenés directement à reconnaître la loi de l'égale liberté comme la loi morale suprême. Et nous sommes indirectement conduits à cette reconnaissance par la généralisation des expériences de l'humanité telles qu'elles sont enregistrées dans la législation progressive, puisqu'elle nous montre qu'au cours de la civilisation, il y a eu une augmentation graduelle du maintien par le gouvernement des droits des

¹¹⁰ *Ibid.*, par. 8 [trad. p. 21].

¹¹¹ *Ibid.*, par. 9 [trad. p. 22].

¹¹² H. SPENCER, *The Principles of Sociology*, *op. cit.*, par. 260 [traduction personnelle].

¹¹³ *Ibid.*, par. 48 [trad. p. 114].

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 343 [traduction personnelle].

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 272, 283 [traduction personnelle].

individus, et qu'en même temps, il y a eu une diminution graduelle des empiètements du gouvernement sur ces droits. Et puis cet accord est renforcé par les preuves que ce qui est théoriquement équitable est économiquement opportun¹¹⁶.

Du droit égal à la liberté, Spencer déduit des droits concrets, tels que le droit à l'intégrité physique, le droit à la liberté de mouvement, et surtout le droit à la propriété individuelle, ce qui, comme Spencer le précise expressément, implique que le communisme est une « violation de la justice¹¹⁷ ». Il insiste sur le fait que ces

droits ne sont qu'autant de parties distinctes de la liberté générale de l'homme [...]. [Ils] trouvent leur origine dans les lois de la vie telle qu'elle se déroule dans l'État associé. Les dispositions sociales peuvent être telles qu'elles les reconnaissent pleinement, ou qu'elles les ignorent à des degrés plus ou moins importants. Les arrangements sociaux ne peuvent pas les créer, mais peuvent simplement s'y conformer ou ne pas s'y conformer. Les parties des arrangements sociaux qui constituent ce que nous appelons le gouvernement contribuent au maintien des droits, ici dans une grande mesure, là dans une petite mesure ; mais, quelle que soit la mesure, elles sont simplement instrumentales, et tout ce qu'elles ont en elles qui peut être appelé droit, ne doit être appelé ainsi qu'en vertu de leur efficacité à maintenir les droits¹¹⁸.

La fonction de l'État et de son droit positif est uniquement de maintenir les droits établis par la nature.

Ici, il est évident que ce type de sociologie comporte un caractère jusnaturaliste. La loi de nature est ou implique une norme sociale. Tandis que cette sociologie permet à Comte de justifier un programme politique hautement collectiviste, elle permet au contraire à Spencer de justifier un programme politique radicalement individualiste.

VI

Les deux représentants les plus remarquables de la philosophie de l'histoire telle qu'elle s'est développée au XIX^e siècle sont G. W. F. Hegel et Karl Marx. L'idée de base de la philosophie de l'histoire de Hegel est que « la raison gouverne le monde et que par suite, l'histoire universelle est rationnelle¹¹⁹ ». Cette raison implique la moralité, dont les lois sont « le rationnel même¹²⁰ ». La même idée est exprimée par l'affirmation que l'histoire universelle « a été la marche rationnelle, nécessaire de l'esprit universel¹²¹ ». L'esprit universel n'est autre que la personnification de la raison. Cette personnification est essentielle, car l'histoire universelle est aussi la réalisation de la volonté de l'esprit universel. Les actions des individus et des États, dont se compose l'histoire, sont « les moyens nécessaires à l'esprit pour réaliser

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 331 [traduction personnelle].

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 301 [traduction personnelle].

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 343 [traduction personnelle].

¹¹⁹ G. W. F. HEGEL, *Lectures on the Philosophy of History*, d'abord traduit de l'édition allemande par J. Silbree, Londres, 1890, p. 9, 12 [*Leçons sur la philosophie de l'histoire*, trad. J. Gibelin, 3^e éd., Paris, Vrin, 1963, p. 22]. Kelsen précise lui-même qu'il s'agit d'une traduction de la première édition allemande (et non de la troisième qui est généralement référencée).

¹²⁰ *Ibid.*, p. 40 [trad. p. 41].

¹²¹ *Ibid.*, p. 11 [trad. p. 23].

son idée¹²² ». Et tous les hommes historiques, en poursuivant leurs buts particuliers, ne font qu'exécuter, sans le savoir, « la volonté du génie universel¹²³ ». Il n'est guère possible de distinguer la volonté de l'esprit universel de la volonté de Dieu. Pour Hegel, l'idée que la raison dirige le monde est une application de la « vérité religieuse que le monde n'est pas livré au hasard [...], mais qu'il est régi par une Providence », la « Providence divine ». Il dit : « La Providence divine, c'est la sagesse, après l'infinie puissance, qui réalise ses fins c'est-à-dire la fin absolue, rationnelle du monde¹²⁴. » En étudiant l'histoire de l'esprit universel, la philosophie de Hegel constitue une tentative délibérée de « connaître Dieu » et se présente expressément comme telle¹²⁵. La devise de son travail est très significative : « l'histoire mondiale n'est pas compréhensible sans un gouvernement mondial¹²⁶. » La soi-disant philosophie de l'histoire de Hegel est le mythe de l'esprit universel ; ce n'est pas une philosophie, c'est une théologie de l'histoire.

Supposer que Dieu est non seulement transcendant, mais aussi immanent au monde, qui est la manifestation de sa volonté, est un élément essentiel de l'interprétation théologique des phénomènes. Puisque sa volonté est bonne, est la valeur absolue, la réalité doit être considérée comme parfaite et la valeur doit être immanente à la réalité. Ce point de vue est au cœur de la philosophie de Hegel, selon laquelle l'histoire universelle est la réalisation de la raison représentant la valeur logique et éthique absolue. Si cette hypothèse est vraie, alors tout événement historique doit être considéré comme l'œuvre de l'esprit universel et est, en tant que tel, raisonnable et bon. En effet, Hegel conclut son ouvrage en affirmant ce résultat : « ce qui est arrivé et arrive tous les jours, non seulement ne se fait pas sans Dieu, mais est essentiellement son œuvre¹²⁷. » Ce n'est qu'une autre, et plus sincère, formulation de sa thèse la plus citée : le réel est le rationnel et le rationnel est le réel.

Si Dieu est immanent au monde, si la valeur absolue est inhérente à la réalité, il n'y a aucune possibilité de juger un événement réel ou une phase de l'histoire comme meilleur ou pire qu'un autre ; et si tout, par sa nature même, est nécessairement bon, les jugements de valeur ont perdu toute signification. Cependant, la distinction entre le bien et le mal est la tâche principale de la théologie en sa qualité d'éthique ; et c'est la fonction spécifique d'une philosophie de l'histoire de différencier par des jugements de valeur un événement historique ou un autre ou une phase de l'histoire d'une autre. Sans une telle différenciation, une philosophie de l'histoire n'a pas de sens. La théologie satisfait son besoin de distinguer le bien et le mal en introduisant, au prix de la cohérence, le diable comme contre-dieu dans l'interprétation éthique du monde. La philosophie de l'histoire de Hegel accomplit le même résultat en supposant que la réalité telle qu'elle se

¹²² *Ibid.*, p. 26 [trad. p. 27. Voir aussi p. 40 : « des moyens dont se sert l'esprit de l'univers pour réaliser son concept »].

¹²³ *Ibid.*, p. 31 [trad. p. 35].

¹²⁴ *Ibid.*, p. 13 [trad. p. 24].

¹²⁵ *Ibid.*, p. 15 [trad. p. 25].

¹²⁶ Cette citation maladroitement attribuée à Hegel, présente sur la page de garde de l'édition anglaise de *Lecture on the Philosophy of History* et utilisée par Kelsen (trad. J. Silbree, Londres, 1890) est tirée de W. VON HUMBOLDT, *La Tâche de l'historien*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1985, p. 81 [cité dans J. A. BARASH, *Politiques de l'histoire. L'historicisme comme promesse et comme mythe*, « Chapitre 3. Wilhelm von Humboldt : libéralisme politique et individualité historique », Paris, PUF, 2004, p. 101-115].

¹²⁷ *Ibid.*, p. 477 [trad. p. 346].

manifeste dans l'histoire universelle n'est pas parfaite, bien qu'elle soit sur le chemin de la perfection. L'histoire universelle est la réalisation progressive de la raison. Ce progrès caractérisant l'histoire de l'esprit universel est nécessaire, car la raison est dotée d'une « infinie puissance » en tant qu'elle « gouverne le monde¹²⁸ ».

Puisque Hegel présente Dieu comme la Raison, et que chacun peut comprendre par Raison ce qu'il pense être bon et désirable, sa théologie de l'histoire est plus souple que la théologie chrétienne officielle. Son caractère profondément optimiste — sa thèse selon laquelle la réalisation progressive d'un état idéal de l'humanité est le résultat nécessaire du processus historique —, doit être accueilli parmi les vœux pieux de toute idéologie politique.

Le conflit opposant l'idée selon laquelle Dieu est immanent au monde et, par conséquent, la valeur inhérente à la réalité, d'une part, à la nécessité de distinguer dans la réalité le bien et le mal, d'autre part, se présente en théologie comme le problème de la théodicée. La question est de savoir comment Dieu, le créateur omnipotent et absolument bon du monde, peut ordonner ou permettre le mal dans la nature et la société. C'est le problème central de la théologie. La philosophie de Hegel s'avère être une véritable théologie de l'histoire en tendant à offrir une solution à ce problème. Il déclare : « notre méditation est en cette mesure une théodicée, une justification de Dieu¹²⁹. » Et à la fin de son œuvre, où il formule le résultat de sa philosophie dans l'affirmation citée plus haut que tous les événements sont la volonté de Dieu, Hegel dit de sa thèse principale que l'histoire du monde est la réalisation de l'esprit universel : « c'est là la véritable théodicée, la justification de Dieu dans l'histoire¹³⁰. »

L'essence du problème de la théodicée est la contradiction logique entre deux propositions, également importantes pour la théologie. L'une est que la volonté de Dieu est absolument bonne ; l'autre est que la volonté de Dieu est omnipotente, que rien ne peut se produire sans la volonté de Dieu et que, par conséquent, s'il y a du mal dans le monde, il doit y être par la volonté de Dieu. Tant que la loi logique excluant la contradiction, fondamentale pour la science rationaliste, est considérée comme valide, l'une des deux propositions ne peut être vraie.

Pour concilier sa métaphysique religieuse, en particulier sa théologie de l'histoire, avec la science rationaliste, dont il ne nie pas l'existence, mais à laquelle il n'assigne dans son système philosophique qu'une position subordonnée par rapport à celle de la théologie, Hegel doit inventer une nouvelle logique. Il s'agit de la logique synthétique de la dialectique, en contradiction avec l'ancienne logique analytique. L'élément le plus caractéristique de la nouvelle logique dialectique est l'élimination de la loi de la contradiction, selon laquelle deux propositions contradictoires ne peuvent être vraies en même temps. Hegel essaie de nous faire croire qu'en excluant la contradiction, l'ancienne logique commet une erreur fondamentale, car non seulement la contradiction n'est pas un défaut de la pensée, mais, au contraire, « le *penser spéculatif* consiste seulement en ce que le penser

¹²⁸ *Ibid.*, p. 9, 11, 13 [trad. p. 22].

¹²⁹ *Ibid.*, p. 16 [trad. p. 26].

¹³⁰ *Ibid.*, p. 477 [trad. p. 346].

maintient-fermement la contradiction et dans elle [se maintient-fermement] soi-même¹³¹ ».

Il n'y a pour soi encore, pour ainsi dire, aucun dommage, manque ou défaut à une Chose quand en elle on peut mettre en évidence une contradiction. Bien plutôt toute détermination, tout concret, tout concept est essentiellement une unité de moments [...] qui passent, [...] en [moments] contradictoires. [...] Les choses finies [...] [sont] en soi-même contradictoires¹³².

En interprétant la relation de deux forces agissant dans des directions opposées comme une « contradiction », Hegel projette la contradiction de la pensée à l'être. De même que dans la nature et la société, deux forces produisant des mouvements de direction opposée existent en même temps et aboutissent à un troisième mouvement dans une nouvelle direction, de même deux propositions contradictoires dans la pensée ne s'excluent pas l'une et l'autre, mais, comme thèse et antithèse, produisent, à un niveau supérieur, la synthèse, l'unité dans laquelle la contradiction est résolue, c'est-à-dire à la fois dépassée et préservée. C'est la contradiction qui met en mouvement les choses aussi bien que les pensées : « le mouvement est la contradiction étant-là elle-même¹³³. » La contradiction est le principe de l'automouvement. Elle est une loi de la pensée et en même temps une loi des événements.

L'hypothèse selon laquelle une loi de la pensée peut être en même temps une loi des événements repose, en dernière analyse, sur le présupposé que la valeur éthique aussi bien que la valeur logique est inhérente à la réalité, que l'Esprit agit dans les événements historiques ; que le Réel est le rationnel. Ce point de vue – que la valeur est immanente à la réalité – qui, dans la doctrine du droit naturel, conduit à la conclusion erronée du devoir-être à partir de l'être, est également à la base de l'erreur fondamentale de la dialectique de Hegel : l'identité du rapport de forces opposées dans la réalité externe au rapport entre des propositions contradictoires dans la pensée. Le rapport de deux forces opposées qui se traduit par un mouvement défini dans la nature et la société n'a rien à voir avec une contradiction logique. Les phénomènes concernés peuvent, et doivent, être décrits par des énoncés non contradictoires en parfaite conformité avec les principes de l'ancienne logique. Mais avec l'aide de sa logique dialectique, Hegel obtient les résultats les plus importants de sa philosophie de l'histoire – la déification de l'État, et l'empire mondial allemand, comme résultat nécessaire de l'évolution historique.

D'après la philosophie de Hegel¹³⁴, tout ce qui existe est rationnel (« le Réel est le rationnel »), mais l'État est « absolument rationnel ». « L'État est l'effectivité de l'idée éthique » (§ 257). Il résulte de la nature de l'État « qu'il a le droit le plus élevé sur l'individu dont le devoir le plus élevé est d'être membre de l'État » ; une adhésion qui implique l'obéissance inconditionnelle à l'autorité établie de l'État. L'individu, dit Hegel, n'existe que par l'État ; « il n'a sa vérité, son existence réelle et son statut éthique qu'en tant que membre de l'État ». Selon une vision religieuse du monde, la nature est une manifestation de Dieu, mais selon Hegel, l'État est la

¹³¹ G. W. F. HEGEL, *Science of Logic*, trad. W. H. Johnston et L. G. Struthers, Londres, George Allen & Unwin, 1929, vol. II, p. 68 [*Science de la logique*, t. 1 : *La logique objective*, livre II : *La doctrine de l'essence*, trad. G. Jarczyk et P. J. Labarrière, 2^{de} éd., Paris, Kimé, 2010, p. 68].

¹³² *Ibid.*, p. 70.

¹³³ *Ibid.*, p. 69 [trad. p. 68].

¹³⁴ G. W. F. HEGEL, *Philosophy of Right*, trad. S. W. Dyde, Londres, G. Bell, 1896, par. 257 sq. [*Principes de la philosophie du droit*, « Troisième partie – L'éthicité », édition critique établie par J. F. Kervégan, Paris, PUF, 2013, p. 315-558].

manifestation consciente de Dieu. La nature n'en est qu'une manifestation inconsciente et, par conséquent, incomplète.

L'État est l'esprit qui se tient dans le monde et se réalise *de façon consciente* dans celui-ci, alors qu'il ne s'effectue dans la nature que comme l'autre de soi, comme esprit endormi. C'est seulement en tant qu'il est présent-là en conscience, en tant qu'il a savoir de soi-même comme d'un objet existant, qu'il est l'État¹³⁵.

D'un point de vue rationaliste, l'État n'existe que dans l'esprit des individus qui adaptent leur comportement à l'ordre social que nous appelons l'État, qui n'est pas une entité réelle comme le sont les choses physiques. Selon Hegel, cependant, l'État a une réalité encore plus objective que la nature physique, car il est la réalisation de l'esprit absolu dans le domaine de la conscience. Hegel dit : « c'est la voie de Dieu dans le monde [qui fait] que l'État est, son fondement est le pouvoir de la raison qui s'effectue comme volonté. » Tout État, quel qu'il soit, participe à l'essence divine de l'idée, « ce Dieu effectif » ; seule la raison divine pourrait le produire. « Le peuple, en tant qu'État, est l'esprit dans sa rationalité substantielle et son effectivité immédiate, il est par conséquent la puissance absolue sur *terre*¹³⁶. » Cela signifie que l'État est Dieu sur terre.

Une autre conclusion de la philosophie de l'histoire de Hegel est que l'histoire du monde, en tant que déploiement de la conscience de soi de l'esprit universel ou de la réalisation progressive de la Raison, présente quatre étapes ou époques successives. À chaque stade ou époque, une nation déterminée est dominante ; elle a le droit absolu de gouverner le monde.

Face à ce droit absolu qu'il a d'être le vecteur du degré de développement présent de l'esprit du monde, les esprits des autres peuples sont dépourvus de droit et, comme ceux dont l'époque est résolue, ils ne comptent pas dans l'histoire du monde¹³⁷.

Les quatre époques de l'histoire du monde sont représentées par quatre règnes historico-mondiaux. Le premier était le règne oriental, le deuxième, le règne grec, le troisième, le règne romain, le quatrième sera le règne germanique¹³⁸. La quatrième et dernière époque de l'histoire du monde apportera

Le principe de l'unité de la nature divine et de la nature humaine, la réconciliation, en tant qu'elle est celle de la vérité objective et de la liberté apparues au sein de la conscience de soi et de la subjectivité ; il a été confié au principe nordique des *peuples germaniques* d'accomplir cette réconciliation¹³⁹.

Le « principe nordique », attribué aux nations germaniques, sera « la réconciliation et la résolution de toute opposition¹⁴⁰ ».

Il est indéniable que le matérialisme historique de Marx, son interprétation économique de l'histoire, résulte dans une certaine mesure de la philosophie de l'histoire de Hegel, car son outil décisif est la logique dialectique de Hegel. De fait, Marx déclare :

Ma méthode dialectique n'est seulement différente de celle de Hegel, elle est son contraire direct. Pour Hegel, le procès de la pensée, dont il va jusqu'à faire sous

¹³⁵ *Ibid.*, par. 258 [E. GANS, « Additions », dans *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 417].

¹³⁶ *Ibid.*, par. 258, 331.

¹³⁷ *Ibid.*, par. 347.

¹³⁸ *Ibid.*, par. 354.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 358.

¹⁴⁰ *Ibid.*, par. 359.

le nom d’Idée un sujet autonome, est le démiurge du réel, qui n’en constitue que la manifestation extérieure. Chez moi, à l’inverse, l’idéal n’est rien d’autre que le matériel transporté et traduit dans la tête de l’homme [...]. Chez [Hegel], elle [la dialectique] est sur la tête. Il faut la retourner pour découvrir le noyau rationnel sous l’enveloppe mystique¹⁴¹.

Hegel est un idéaliste, Marx, un matérialiste. Mais Marx, tout comme Hegel, entend par dialectique : l’évolution par la contradiction, une contradiction dont Marx, tout comme Hegel, soutient qu’elle est inhérente à la réalité sociale. L’hypothèse d’un « caractère contradictoire » de l’évolution et surtout de la société capitaliste est un élément essentiel du matérialisme historique ou dialectique fondé par Marx¹⁴². Marx, tout comme Hegel, interprète les conflits dans la lutte pour la vie, l’antagonisme entre groupes d’intérêts opposés, et surtout l’incongruité des forces productives et des modes de production, comme des contradictions logiques. Marx, tout comme Hegel, considère la valeur comme inhérente à la réalité, mais en contradiction avec Hegel, et moins cohérent que ce dernier, il n’identifie pas l’être à la pensée. Selon Marx, la dialectique en tant que méthode de pensée « reflète » seulement le processus dialectique dans la réalité. La méthode dialectique doit être utilisée pour saisir la dialectique de la société. Cependant, en rejetant l’identité de la pensée et de l’être défendue par Hegel, Marx se prive de la seule possibilité de justifier – pour autant que cela soit possible – l’identification fallacieuse de la relation entre forces opposées, qui existe dans la nature et la société, à la contradiction logique.

Rien ne peut montrer plus clairement la futilité de la méthode dialectique que le fait qu’elle permette à la fois à Hegel de louer l’État comme un dieu, et à Marx de le maudire comme un diable. Selon la doctrine de Marx et de son ami Friedrich Engels, l’État est par nature une machinerie coercitive dont la fonction est de maintenir la domination d’un groupe – le groupe des individus en possession des moyens de production, la classe des capitalistes – sur un autre groupe composé de ceux qui n’exercent pas de droit de propriété sur les biens composant le capital, la classe du prolétariat exploité. L’État est une organisation coercitive dont le but est de maintenir la suppression d’une classe par une autre. Par l’établissement révolutionnaire du socialisme, c’est-à-dire par l’abolition de la propriété privée et la socialisation des moyens de production, le système du capitalisme, et avec lui l’État en tant qu’institution sociale, disparaîtra. L’État « tombe inévitablement¹⁴³ ». La société communiste de l’avenir sera une société sans État, une société dont l’ordre sera maintenu sans l’emploi de la force. Cela sera possible parce que l’ordre social sera naturellement dans l’intérêt de tous, de sorte que personne ne sera incité à violer l’ordre. Cette condition idéale de l’humanité, bien qu’elle ne puisse être réalisée sans une révolution, sera néanmoins le résultat inévitable, car nécessaire

¹⁴¹ K. MARX, *Capital*, New York, 1906, p. 25 [J.-P. LEFEBVRE (dir.), *Le Capital*, Paris, PUF, 1993, p. 17-18 (postface de la deuxième édition allemande)].

¹⁴² Voir F. ENGELS, *Anti-Dühring*, *passim*, 1878 [trad. française pour les classiques des sciences sociales, Université du Québec, Chicoutimi, 1950. En ligne : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.enf.ant>]

¹⁴³ F. ENGELS, *The Origin of the Family, Private Property and the state*, Marxist library, vol. XXII, 1942, p. 155 sq. [*L’origine de la famille, de la propriété privée et de l’État*, trad. pour les classiques des sciences sociales, Université du Québec, Chicoutimi, 1952. En ligne : <http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.enf.ori1>]. Pour les références concernant cet auteur, voir H. KELSEN, *The Political Theory of Bolshevism*, Berkeley, University of California Press, 1948, p. 10 sq.

[i.e. causal], de la loi de l'évolution historique, du processus dialectique de l'histoire.

Les explications qui précèdent montrent que la doctrine du droit naturel, qu'elle présente ses résultats comme des déductions d'une loi de nature en termes de philosophie du droit ou comme des déductions d'une loi de l'évolution en termes de sociologie ou d'histoire, fonctionne avec une méthode logiquement erronée par laquelle les jugements de valeur les plus contradictoires peuvent être et ont été effectivement justifiés. Du point de vue de la science, c'est-à-dire du point de vue de la recherche de la vérité, une telle méthode est totalement inutile. Mais du point de vue de la politique, en tant qu'instrument intellectuel dans la lutte pour la réalisation des intérêts, la doctrine du droit naturel peut être considérée comme utile. Dans son dialogue *Les Lois*, Platon fait la distinction entre les mensonges qui sont permis et ceux qui ne le sont pas. Les mensonges sont autorisés s'ils sont utiles au gouvernement. Ainsi, il est permis au gouvernement de faire croire au peuple que seul le juste peut être heureux, même si c'est un mensonge, car si c'est un mensonge, c'est un mensonge très utile, puisqu'il garantit l'obéissance à la loi : « si j'étais législateur, [...] j'infligerais la peine la plus forte ou peu s'en faut à quiconque en cette contrée déclarerait que parfois des scélérats arrivent à mener une vie plaisante, ou qu'il y a d'un côté des activités avantageuses et lucratives et de l'autre celles qui sont justes¹⁴⁴. » Que la doctrine du droit naturel, comme elle le prétend, soit capable de déterminer de manière objective ce qui est juste, est un mensonge ; mais ceux qui la jugent utile peuvent s'en servir comme d'un mensonge utile.

Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) est, selon Joseph Raz, « peut-être le philosophe du droit le plus influent du XX^e siècle ».

¹⁴⁴ PLATON, *The Laws*, II, 662 b. [*Les Lois*, trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Paris, Flammarion, 2006, p. 133].

Maude Vidal

La relative valeur scientifique du discours juridique

Remarques sur l'article de Hans Kelsen

« The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science »

« C'est là une particularité de l'être humain qu'il éprouve un grand besoin de justifier sa conduite, l'expression de ses émotions, ses souhaits et ses désirs, par la fonction intellectuelle, la pensée et la connaissance. Cela est possible, du moins en principe, car la relation entre la fin et les moyens est une relation de cause à effet pouvant être déterminée au moyen de l'expérience, c'est-à-dire rationnellement. Néanmoins, cette détermination s'avère souvent impossible étant donné l'état actuel de la science sociale : le plus souvent, nous ne disposons pas de l'expérience requise qui nous permettrait de décider de la meilleure façon d'atteindre tels buts sociaux. »

H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'état*, Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 58-59.

INTRODUCTION

Dans son article « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », Kelsen oppose diverses théories qualifiées de droit naturel à « la science ». Il estime, en se référant à Hume, qu'il est impossible de passer de l'être au devoir-être et que toutes les théories du droit naturel nient ce dualisme. En ce sens, il réaffirme l'idée déjà présente dans la *Théorie Pure du Droit* selon laquelle tout discours se revendiquant scientifique doit décrire mais non prescrire. Le savoir se distinguerait de l'idéologie ou de la dogmatique par son absence de jugements de valeur. Kelsen vise ici l'objectivité, la neutralité axiologique, héritée de Max Weber. De façon anachronique donc, Kelsen confronte les théories qu'il qualifie de droit naturel aux critères contemporains de la science. Or, cette « mégarde » qui consisterait à déduire des normes à partir de la nature ou d'une volonté divine constituée, pour Kelsen, le propre du droit naturel : peu importe le fondement (religieux ou naturaliste), est opérée dans ces cas une

absolutisation des valeurs subjectives de la part de l'auteur¹. Autrement dit, Kelsen estime que les théories jusnaturalistes ne sont pas conformes au « tribunal de la science » puisque leur fonction est de justifier des jugements de valeur subjectifs par la revendication de fins supérieures et universelles.

En 1949, lorsqu'il publie cet article, Kelsen est exilé aux États-Unis après avoir été licencié de l'Université de Cologne. Il obtient alors un poste à l'université de Berkeley — où, malgré son relativisme axiologique, il ne s'opposera pas à la signature d'un serment de loyauté politique². Dans ce contexte belliqueux, le juriste autrichien recherche le dénominateur commun de tous les systèmes juridiques, aussi injustes semblent-ils. Selon Kelsen, c'est par sa forme que le droit est droit, il existerait une structure invariable aux différents États, qu'ils soient autoritaires, démocratiques, socialistes ou libéraux. Ainsi, là où le droit naturel revendique l'existence d'un contenu absolument bon de l'ordre juridique, Kelsen considère que c'est par sa forme uniquement que le phénomène juridique peut être identifié. L'enjeu est ici pour Kelsen de renforcer son postulat selon lequel le contenu du droit, en tant qu'il résulte d'une décision politique, est *relatif*. Une définition communément acceptée du positivisme juridique consiste à dire qu'il n'y a pas d'autre droit que celui posé par le souverain — il n'existe aucun droit émanant de la nature. En effet,

C'est précisément dans le fait qu'il est « posé » par la volonté humaine que réside, par rapport au droit naturel, la « positivité » d'un droit ; c'est un fondement de validité essentiellement étranger au droit naturel, précisément parce que celui-ci, en tant qu'ordre « naturel », n'est pas produit par l'homme, et qu'il est même considéré comme ne pouvant être le produit d'un acte humain³.

Kelsen s'oppose en ce sens à l'absolutisme du droit naturel qu'il revendique fallacieux et nous tâcherons de démontrer en quoi. Par ailleurs, il soutient que le dualisme du droit naturel et du droit positif n'a pas de sens :

si, toutefois, le droit positif n'est valable que dans la mesure où il correspond au droit naturel et s'il est possible — comme l'affirme la doctrine du droit naturel — de trouver les règles du droit naturel par une analyse de la nature ; si, comme l'affirment certains auteurs, le droit de la nature est même évident, le droit positif est tout à fait superflu⁴.

Autrement dit :

L'existence d'un droit positif à côté du droit naturel est non seulement impossible d'un point de vue *logico*-formel, mais elle est même superflue d'un point de vue *téléologico*-matériel, si les présupposés d'après lesquels la validité d'un ordre « naturel » peut être admise sont exacts. Car pourquoi aurait-on besoin d'un

¹ Pour préciser, notons que Kelsen prône « la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruylant/LGDJ, 1999, p. 2.

² Cette affaire est mentionnée par O. BEAUD, *Le savoir en danger*, Paris, PUF, 2021, p. 112-113 : « en mars 1949, il fit décider par son conseil d'administration d'ajouter au serment de fidélité des membres de l'université à la Constitution un serment additionnel [...] en prévoyant expressément la formule : "Je ne suis pas communiste" et de prévoir une audition pour les non-signataires. »

³ H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique » in *Théorie générale du Droit et de l'État*, op. cit., p. 438.

⁴ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, The Lawbook Exchange, LTD, 2000. Voir la partie II de la traduction dans ce présent numéro.

règlement humain arbitraire pour régler les relations humaines, si celles-ci trouvent déjà leur juste règlement dans un ordre « naturel », évident pour tous et correspondant à la (bonne) volonté de tous⁵ ?

Cela pose la question du droit de résistance qui est traité dans la partie III du présent article. En effet, pour Kelsen, un jusnaturaliste cohérent doit rejeter les normes contraires au droit naturel. Or, peu de philosophes traitent réellement de la question du conflit entre ces deux ordres juridiques ou en nient la possibilité comme c'est le cas chez Hobbes. Cependant, il ne s'agira pas ici d'approfondir l'analyse faite de chaque auteur cité, mais de restituer, par une analyse plus générale des œuvres de Kelsen, ce qu'il entend par « science » et les raisons qui le poussent à la juger incompatible avec le droit naturel. Sans remettre en cause l'unité philosophique de cet ensemble théorique, il cherche à l'inverse à unifier différentes théories sous le même ensemble. Il ne parle donc pas des théories du droit naturel mais *du* droit naturel, comme s'il existait un dénominateur commun évident entre Grotius, Locke et Hegel pour ne citer qu'eux – l'absolutisme.

Certainement Kelsen est-il sujet à des erreurs d'interprétations, mais une telle étude substantielle requerrait d'importantes compétences en philosophie politique et mériterait une analyse poussée de chacune des œuvres mentionnées et des critiques qui sont faites à leurs auteurs individuellement. C'est donc sans aborder les considérations de fond, qui sembleraient redondantes avec le contenu de l'article, que nous marchons dans les pas du juriste autrichien pour ne nous intéresser qu'à la forme, aux aspects purement épistémologiques des arguments kelseniens. La présente analyse se suffira alors à chercher les fondements épistémologiques de la critique kelsenienne du droit naturel. Par ailleurs, cette étude s'appuie sur une traduction littérale qui cherche à restituer la pensée de Kelsen dont l'expression est fluide et accessible du fait même que l'anglais n'est pas sa langue maternelle.

L'histoire des relations entre science et droit montre que le droit a longtemps fait l'objet de tentatives d'objectivation par divers auteurs revendiquant une prétention scientifique⁶. Le but semble être de fonder un savoir autonome, *purement* juridique dans le cas de Kelsen, de combattre en faveur de « l'autarcie d'une science juridique "possédant en soi-même son propre centre de gravité"⁷ » contre le syncrétisme méthodologique. Toutefois, la plupart des auteurs évoqués semblent omettre un critère essentiel du discours rationnel, la distinction entre description et prescription conformément à ce que l'on appelle « loi de Hume ». Ce dernier a œuvré à séparer « description et prescription, norme et fait et valeur et connaissance⁸ ». Cela repose sur la présupposition que seuls les faits sont susceptibles d'une connaissance objective, par opposition aux valeurs qui ne sont que l'expression de préférences subjectives. Autrement dit, « aucun raisonnement à l'indicatif ne peut engendrer une conclusion à l'impératif⁹ ». Hume exprime ainsi cette impossibilité logique :

⁵ H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 457.

⁶ D. BARANGER, *Penser la loi*, Paris, Gallimard, 2018, p. 184 : « l'idée d'une législation scientifique avait une capacité de séduction réelle aux yeux des contemporains, qui furent nombreux à vouloir contribuer à cette discipline nouvelle. »

⁷ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002, p. 117. Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 1.

⁸ R. BOUDON, *Le relativisme*, Paris, PUF, 2008.

⁹ *Ibid.*

Puis tout à coup, j'ai la surprise de trouver qu'au lieu des copules est et n'est pas habituelles dans les propositions, je ne rencontre que des propositions où la liaison est établie par doit et ne doit pas. Ce changement est imperceptible... mais il est pourtant de la plus haute importance. En effet, comme ce doit et ce ne doit pas expriment une nouvelle relation et une nouvelle affirmation, il est nécessaire que celles-ci soient expliquées et qu'en même temps, on rende raison de ce qui paraît tout à fait inconcevable, comment cette nouvelle relation peut se déduire d'autres relations qui en sont entièrement différentes¹⁰.

Toutefois, Kelsen défend qu'il est possible d'établir les critères d'une science ayant pour objet les phénomènes juridiques. Le principal apport du positivisme juridique consiste en effet à montrer que le phénomène juridique, en tant qu'il est « la signification objective d'un acte de volonté », exprime un devoir, une valeur, et ne peut être déduit de la nature, de faits. La norme serait le fruit d'un acte de volonté mais n'est pas cet acte en lui-même, elle est sa signification¹¹. Ainsi, le principal reproche que Kelsen adresse aux théories revendiquant l'existence d'une « loi naturelle » concerne cette impossibilité logique du passage de l'être au devoir-être. De cette assertion, Kelsen déduit que la prétention au discours objectif portant sur le droit suppose une stricte séparation entre deux domaines : celui du *Sein* et celui du *Sollen*.

Persiste cependant dans l'analyse kelsenienne une erreur d'appréciation du caractère « naturel » des théories critiquées. L'émergence du positivisme juridique pose le problème analytique de la « loi » naturelle : fait-elle référence à une norme juridique, posée et voulue, ou bien à une loi causale fondée sur l'habitude ? S'agit-il d'une obligation sociale ou d'une contrainte nécessaire ? Cette absence de nuance entre société et nature, que Kelsen déplore chez les animistes, est également présente chez les médiévaux qui conçoivent l'unité du monde comme le fruit de la volonté divine¹². À l'inverse, pour les auteurs modernes du droit naturel, la confusion entre la loi physique avec la loi morale tend à disparaître — notamment du fait de l'adoption d'une ontologie dualiste. La nature de l'homme ne fait pas référence à son corps, à sa nature physique, mais à sa nature morale¹³. Ici encore, malgré leurs prétentions universalisantes, la relativité des conceptions de la nature morale de l'homme pousse Kelsen à la rejeter, au même titre que la raison pratique : elle n'est pas observable par l'expérience.

S'il apparaît évident que l'invocation de Dieu dans le processus d'identification des normes relève de la métaphysique et semble contraire aux critères de la science moderne, l'appel à la nature pour justifier certaines valeurs ou une conception universelle du Bien est alors également à rejeter. En effet, pour Kelsen, prétendre

¹⁰ D. HUME, *Traité de la nature humaine*, livre III, Paris, Aubier-Montaigne, t. II, 1946, p. 585, cité in H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, p. 110.

¹¹ H. KELSEN, « A "Dynamic" Theory of Natural Law » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, op. cit., p. 180 : « This act exists as a fact and can be described by an "is"-statement ; but its meaning that something out to be is not a fact. »

¹² D. BARANGER, *Penser la loi*, op. cit., p. 36 : « ce divin législateur est le détenteur d'un pouvoir de gouvernement du monde commencé avec la Création et continué dans l'instauration d'un ordre naturel. »

¹³ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 11 : « ce n'est pas la loi de nature qui est déduite de la nature, de la nature réelle, de l'homme, c'est la nature de l'homme, une nature idéale de l'homme, qui est déduite d'une loi naturelle présupposée d'une manière ou d'une autre. » Il semble ainsi que la nature morale soit pas descriptive d'une réalité mais bien plus le *fondement* sur lequel repose la norme la plus générale de laquelle il est possible de *déduire* des principes plus particuliers.

déduire des normes de la réalité empirique constitue en réalité une transposition de son propre jugement moral sur les faits :

Étant donné que l'hypothèse métaphysique de l'immanence de la valeur à la réalité naturelle n'est pas acceptable du point de vue de la science, la doctrine de la loi naturelle est fondée sur le sophisme logique de la déduction de « l'être » au « devoir-être ». Les normes prétendument déduites de la nature sont — en réalité — tacitement présupposées, et sont fondées sur des valeurs subjectives, qui sont présentées comme étant les intentions de la nature agissant comme un législateur¹⁴.

Dans la querelle philosophique qui oppose le positivisme juridique au droit naturel, Kelsen associe droit naturel, absolutisme et métaphysique d'une part, et positivisme, relativisme et empirisme d'autre part. La division de ces deux ensembles philosophiques est pour lui en lien direct avec les questions touchant aux régimes politiques : il existe un parallélisme entre le mode de pensée absolutiste et l'autocratie et entre le relativisme et la démocratie. Kelsen observe une corrélation entre absolutisme et le rejet de la démocratie d'une part et relativisme et la défense de la démocratie d'autre part :

un argument plus sérieux en faveur de la relation entre la démocratie et le relativisme est le fait que presque tous les représentants remarquables des philosophes relativistes étaient politiquement en faveur de la démocratie, alors que les adeptes de l'absolutisme philosophique, les grands métaphysiciens, étaient en faveur de l'absolutisme politique et contre la démocratie¹⁵.

En effet, dès sa théorie politique des années vingt, Kelsen revendique le relativisme des valeurs, et la montée du fascisme renforce son *a priori*. Ainsi, il considère que, le contenu du droit positif variant d'un État à l'autre, il ne pouvait faire l'objet d'une connaissance objective et se concentre sur la forme du droit qui seule permet une étude scientifique des phénomènes scientifiques. À l'inverse du positivisme, les théories du droit naturel revendiquent selon Kelsen un Bien absolu objectivement connaissable. D'après la conception de la science du droit défendue par Kelsen, le rejet de toute forme d'absolutisme est valable tant pour la définition du Bien que pour celle du Vrai. En effet, le relativisme axiologique kelsenien postule qu'il n'y a pas de Bien absolu. De plus, dans le dernier chapitre de son ouvrage *La Démocratie, sa nature, sa valeur*, Kelsen questionne, au-delà d'une potentielle faculté de connaître, l'existence même de vérités :

Telle est en effet la grande question : l'homme peut-il connaître des vérités et appréhender des valeurs absolues ? Et à cette question se rattache l'opposition des philosophies du monde et de la vie, où vient s'insérer l'opposition entre démocratie et autocratie : la croyance à l'existence de vérités et de valeurs absolues pose les bases d'une conception métaphysique et en particulier mystico-religieuse du monde. La négation de ce principe, l'opinion que la connaissance humaine ne peut atteindre qu'à des vérités et à des valeurs relatives, et que, par la suite, toute vérité et toute valeur — de même que l'individu qui les trouve — doit être prête en tout temps à s'effacer devant d'autres, conduit à la conception du monde du criticisme et du positivisme, en entendant par-là cette direction de

¹⁴ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 9.

¹⁵ H. KELSEN, « Absolutism and relativism in philosophy and politics » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, op. cit., p. 204 : « A more serious argument for the relationship between democracy and relativism is the fact that almost all outstanding representatives of a relativistic philosophers were politically in favor of democracy, whereas followers of philosophical absolutism, the great metaphysicians, were in favor of political absolutism and against democracy. »

la philosophie et de la science qui part du positif, c'est-à-dire du donné, du perceptible, de l'expérience qui peut toujours changer et change incessamment, et qui rejette donc d'un absolu transcendant à cette expérience¹⁶.

Dans son article « Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics¹⁷ », Kelsen critique les philosophies revendiquant non seulement l'existence d'une vérité absolue mais aussi la capacité de l'homme à l'atteindre. Souvent conçue comme le représentant de Dieu sur Terre, cette prétention rationaliste semble ici supposer que l'homme puisse accéder à la connaissance des choses en elles-mêmes. Si la prétention scientifique de l'œuvre de Hans Kelsen a fait couler beaucoup d'encre, il ne s'agit pas ici de discuter de sa théorie pure mais plutôt d'appréhender diverses théories juridico-politiques au prisme de ce qu'il considère être la science. Pour revendiquer sa scientificité, le discours doit répondre à des critères énoncés par la communauté scientifique de la discipline dans lequel il s'inscrit. En ce sens, le positivisme juridique revendiqué par Kelsen entend être un pas en avant dans l'histoire de la science du droit. Il s'agira donc d'explorer les critères établis par Kelsen ainsi que les raisons pour lesquelles les théories explorées, mais aussi la sienne, n'y répondent pas.

Kelsen cherche à appréhender scientifiquement le droit. La difficulté de cette opération réside dans le fait que le droit est précisément l'expression de préférences idéologiques¹⁸. Toutefois, il estime que, si le droit est impur et politique, le discours rationnel qui porte sur lui peut, dans la mesure où il est exprimé par un individu exempt de tout parti-pris, avoir une fonction de connaissance¹⁹. De plus, Kelsen s'inspire des critères de scientificité introduits par Weber, notamment concernant l'exigence de neutralité axiologique constituant la scission entre le savant et le politique, entre deux types de discours. Kelsen partage cette volonté de distinguer langage du droit (normatif) de celui de la science du droit (descriptif). En ce sens, la doctrine du droit naturel confond ces deux modalités du discours que sont l'être et le devoir-être et ne peut donc légitimement prétendre élaborer un discours objectif.

Ainsi, la théorie positiviste de Kelsen doit, pour être une véritable science, rejeter la métaphysique, l'absolutisme et le finalisme. Elle est en ce sens critique et relativiste. Pour Kelsen, la science du droit est aussi positiviste, car elle étudie les normes comme l'expression d'une volonté humaine et non comme ayant une origine divine ou naturelle. Ce dernier s'inspire de l'approche *constructiviste* de Kant qui présuppose un sujet transcendant organisant les expériences sensibles grâce à des catégories de l'entendement.

Il est également exact que, conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif et qu'elle crée donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible²⁰.

Dès lors, toute connaissance serait constituée de la combinaison d'observations issues des sens, qui sont par conséquent incertaines, et de catégories de pensée

¹⁶ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz-Sirey, 2004, p. 110-111.

¹⁷ H. KELSEN, « Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics » [suite abrégé « Absolutism and Relativism »], art. cité, p. 198-208.

¹⁸ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 38.

¹⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 9.

²⁰ *Ibid.*, p. 80.

a priori et universelles. L'universalité des catégories de pensée est alors pour Kant le fondement certain des connaissances des phénomènes *a posteriori*. Parmi les catégories de pensée universelles *a priori*, nous retrouvons le principe de causalité, entendu comme le concept fondamental de l'entendement, faculté humaine permettant aux individus d'organiser l'expérience et ainsi d'accéder à la connaissance du monde. Kelsen revendique quant à lui une posture relativiste selon laquelle l'objectivité ne peut être qu'un idéal à atteindre. Il emprunte à Hume et Kant l'idée selon laquelle il existerait des catégories de pensée²¹ permettant d'organiser le réel, mais rejette celle selon laquelle elles seraient innées²².

Un détour par l'interprétation kelsénienne de philosophie kantienne permettra d'éclairer notre propos malgré le fait qu'il ne l'aborde pas dans cet article. En effet, avec l'émergence conceptuelle du *Sollen*, Kelsen entend sortir le droit de la raison pratique et de la métaphysique pour le transformer en objet de la connaissance : le *Sollen* est appréhendé par la raison théorique. Pourtant, il ne définit jamais les termes *Sein* et *Sollen* mais part du présupposé que cette distinction est « donnée immédiatement à notre conscience²³ ».

Kelsen semble adopter la posture kantienne qui établit une voie moyenne entre dogmatisme et scepticisme — il divise les objets de la connaissance en deux catégories²⁴ : pour Kant, l'être humain ne peut connaître la vérité des choses *en soi*, des noumènes, il ne peut que connaître la vérité de ce qu'elles sont *pour nous*, c'est-à-dire ce qu'elles représentent pour le sujet, les phénomènes. Kant « se sert de ce concept de la “chose en soi” pour ainsi dire comme symbole de la limite de son expérience. [...] La “chose en soi” n'est pas pour lui l'expression d'une réalité transcendante ; elle marque la limite extrême du processus infini de l'expérience²⁵ ». Ainsi,

Étant donné que la connaissance ne peut jamais appréhender complètement son objet, la question de la méthode de la connaissance se substitue dans la philosophie kantienne à celle de son objet ; ou même les deux questions sont

²¹ H. KELSEN, *Society and Nature*, Chicago, University of Chicago Press, 1946, p. 250 : « He [Kant] declared that mere observation of reality could not establish the necessity of a connection between two facts, such as cause and effect; consequently, he pointed out, the concept of causality is an inborn notion, and a priori category, an inevitable and necessary form of cognition by means of which we mentally co-ordinate the empirical material of sensuous perception. » Traduction personnelle : « [Kant] déclara qu'une simple observation de la réalité ne permettait pas d'établir la nécessité d'une connexion entre deux faits tels que la cause et l'effet ; en conséquence, il démontre que le concept de causalité est une notion innée, une catégorie *a priori*, une forme inévitable et nécessaire de cognition au moyen de laquelle nous coordonnons mentalement le matériel empirique de nos perceptions sensorielles. »

²² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Chêne-Bourg, La Baconnière, 1953, p. 21 : « probablement étrangère à la mentalité du primitif, l'idée de causalité, fondement des sciences de la nature, apparaît à un stade de civilisation plus avancée. Elle ne serait donc pas une idée innée, comme on [Kant] a pu le supposer. »

²³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 14. Voir aussi, Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 79.

²⁴ H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 465 *sq.* : « la connaissance humaine, quand elle suit ses impulsions originelles de façon naïve et non critique, a tendance à doubler son objet. Cela vient de ce que l'homme ne veut pas se contenter de ce que ses sens lui offrent et de ce qu'il saisit avec son propre entendement. [...] Le dualisme métaphysique de l'au-delà et de l'ici-bas, de la transcendance et de l'expérience, mène de façon logique à cette théorie de la connaissance très répandue que l'on appelle *théorie de la copie*. »

²⁵ *Ibid.*, p. 481.

presque identifiées. On a beaucoup reproché au kantisme ce méthodologisme, cette préférence qu'il donne au problème de la méthode de la connaissance²⁶.

Pour Kelsen, dans la dimension théorique de la raison, Kant est positiviste et appartient à la doctrine de l'idéalisme critique. Kelsen s'inspire alors de sa théorie de la connaissance et de sa conception du *Sollen*. Pourtant, il estime que, chez Kant, « les commandements de la raison pratique sont des comportements de Dieu²⁷ » ; son système moral et politique apparaît absolutiste et d'orientation métaphysique²⁸. En effet, pour Kelsen, « dans le rôle que joue chez lui la “chose en soi”, se cache encore une part de transcendance métaphysique²⁹ ». Il est possible de s'interroger sur le fait que, malgré cette critique, Kelsen investisse cette catégorie du *Sollen* comme ayant une signification objective alors même qu'il renonce à l'idée de norme *a priori* déterminant un devoir absolu. Reste qu'en rejetant l'idée d'un au-delà imperceptible par notre expérience dans la sphère du noumène, il semble que la critique kantienne de la raison pure est, dans sa dimension théorique, relativiste.

Notons cependant que, si la raison théorique et la raison pratique ne diffèrent qu'en tant qu'elles sont des modes d'exercice différents de la raison chez Kant, pour Kelsen, elles diffèrent en essence : « celle-là est pur connaître de l'être, celle-ci est un vouloir dont la signification est le devoir-être du comportement humain. Le connaître est réceptif, le devoir est productif³⁰. » En effet, Kelsen énonce que « le concept, contradictoire en soi de raison pratique, qui est en même temps connaître et vouloir, et dans lequel, par conséquent, le dualisme de l'être et du devoir-être s'abolit, est le fondement de l'éthique kantienne³¹ ». Agir moralement revient, selon Kant, à se conformer à un « impératif catégorique », autrement dit à agir en conformité avec l'exigence d'une morale universelle bonne en soi. *A contrario*, les impératifs hypothétiques visent des moyens en vue de certaines fins et ne peuvent être universalisés. Nous verrons que Kelsen rejette le premier mais accepte les seconds.

En effet, la critique que Kelsen établit de l'impératif catégorique énonce que ce dernier est en lui-même vide de contenu et que le contenu qui lui est par la suite attribué est propre à une certaine époque et peut être instrumentalisé pour légitimer tout ordre social³². De plus, l'impératif catégorique kantien et, plus généralement, la raison pratique est, pour Kelsen, lié à l'idée de cause première, à l'idée de Dieu puisque « cette raison pratique est, en dernière instance, la raison divine dans l'homme³³ ». En ce sens, cette doctrine s'oppose au droit naturel selon

²⁶ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 112.

²⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 103.

²⁸ H. KELSEN « Absolutism and Relativism », art. cité, p. 205 : « Kant, following Hume, showed in his philosophy of nature the futility of any metaphysical speculation, but in his ethics he reintroduced the absolute, which he so systematically excluded from his theoretical philosophy. »

²⁹ H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 491. Il ajoute : « on cherchera donc en vain chez lui une profession de foi ouverte et sans réserve en faveur du relativisme, conséquence inévitable de tout dépassement véritable de la métaphysique. »

³⁰ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 100.

³¹ *Ibid.*

³² H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, Genève, Markus Haller, 2012, p. 77-78.

³³ *Id.*, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 100. Voir aussi p. 102 citant la *Critique de la faculté de jugement* in E. KANT, *Œuvres philosophiques*, t. II, Paris, Gallimard, p. 1249 : « puisque nous ne reconnaissons d'homme pour fin de la création qu'en tant qu'être moral, nous avons [...], pour

lequel seul le commandement moral ou bon, dont la valeur semble être déterminée à partir de la nature, est susceptible d'acquiescer une valeur juridique — si l'on pose comme Kelsen que la coexistence du droit positif et du droit naturel n'a pas de sens.

De plus, l'évolution de la connaissance du droit, de sa conception théologique et métaphysique à sa conception moderne positiviste apparaît se réaliser sur deux fronts : elle concerne à la fois l'objet et la méthode³⁴. Pour Kelsen, la distinction entre *Sein* et *Sollen* est cruciale pour la science du droit. Alors que les lois naturelles sont régies par la causalité, le concept de *Sollen* serait régi par l'imputation. Ce principe lie, comme la causalité, une condition à une conséquence, mais par une copule différente :

Le lien qu'énonce la proposition juridique a une signification radicalement différente de celui que pose la loi naturelle, et qui est la causalité [...]. Dans la proposition juridique, il n'est pas dit, comme dans la loi naturelle, que si A est, B est ; il est dit que, si A est, B doit être (*soll sein*) ; et ceci n'implique nullement que B sera réellement chaque fois que A sera³⁵.

La différence formelle qui habite le lien entre une condition et une conséquence semble être à l'origine de la distinction essentielle entre fait et norme, entre *Sein* et *Sollen*, qui est au cœur de la réflexion de Kelsen. Il reste que, pour lui, les normes sont le produit d'une volonté qui œuvre à orienter la conduite des individus régis par un ordre social.

La problématique concerne ici la prétention à l'objectivité de la morale, la possibilité de déduire des normes de comportement à partir de la nature, d'*observer* des devoirs de façon scientifique. Dans cet article, Kelsen traite le problème en répondant par la négative, la morale est (dans les faits ?) relative, donc subjective, et non objective. Afin de le démontrer, il fait appel à autant d'auteurs classiques qui, défendant un Bien absolu, en tirent des conclusions parfois contradictoires (sociabilité, propriété privée, etc.). Pour illustrer son propos, il montre que ces théories tirent des conclusions différentes des mêmes observations, ce qui apparaît clairement contraire aux prérequis de la science moderne. Ainsi, « face au tribunal de la science, la doctrine du droit naturel n'a aucune chance. Mais elle peut nier la compétence de ce tribunal en se référant à son caractère religieux³⁶ ».

Il s'agira donc de démontrer que la rationalisation des phénomènes naturels qui a permis l'émergence de la science moderne ne suffit pas à produire un discours rationnel sur le droit puisqu'est maintenue la confusion entre le naturel et le social :

la relation nécessaire des fins naturelles à une cause originaire et intelligente du monde, qui résulte de la constitution de notre raison, un *principe* qui nous permet de penser la nature et les propriétés de cette cause originaire comme fondement suprême dans le règne des fins. [...] À partir de ce principe ainsi déterminé de la causalité en cet être originaire, nous devons le penser non seulement en tant qu'intelligence qui légifère pour la nature, mais encore comme autorité légiférante dans un règne moral des fins. »

³⁴ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9 : « si elle entreprend délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines, c'est parce qu'elle cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit. » Voir aussi *Id.*, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 553 : « par une critique immanente de cette science [traditionnelle] du droit, [la théorie pure du droit] montre les dangers importants qui reposent sur ce syncrétisme méthodologique qui consiste en ceci que la connaissance du droit positif est obscurément confondue avec l'effort de construire son objet selon telle ou telle valeur déterminée. »

³⁵ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 85.

³⁶ *Id.*, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 9.

dans l'approche défendue par les théories du droit naturel (selon la lecture qu'en fait Kelsen), le monde est dans son entièreté produit par la volonté divine (I). En effet, si la raison permet à l'Homme d'expliquer les phénomènes naturels, l'idée de nature humaine est appréhendée de façon ambivalente par certains auteurs et ne produit donc pas un discours suffisamment objectif selon Kelsen (considérant ces raisonnements fallacieux puisqu'ils tirent des conclusions différentes de mêmes principes). Cependant, l'émancipation du normatif face au naturel que défend la doctrine positiviste s'opère par un renforcement de la distinction entre nature et culture qui postule que les prescriptions sur le comportement humain sont subjectives (II). Cela nous mènera à nous interroger sur la question de l'objectivité du discours métajuridique.

I. LA SUPERSTITION NATURALISTE, DE L'ANIMISME AU RATIONALISME

Comme nous l'avons déjà suggéré, Kelsen n'opère pas de distinction entre le droit naturel ancien et le droit naturel classique. Cette « simplification abusive³⁷ » qui réunit sous le même nom la pensée animiste — qui opère une interprétation sociale de la nature — et la pensée rationaliste — qui présuppose une certaine forme de dualisme — semble toujours faire référence à une lecture théologique du monde. Or, la prétention du droit naturel, pris de façon globale, à décrire des lois naturelles qui indiquent le bon comportement à adopter est incompatible avec les critères de scientificité présupposés par Kelsen qui œuvre à évincer toute référence à des concepts métaphysiques. En effet, nous verrons qu'il qualifie de « science moderne » le processus d'émancipation de l'animisme, interprétation socio-normative de la nature personnifiant les choses, vers une interprétation scientifico-critique de la réalité à partir de l'émergence du principe de causalité (A).

Le dualisme de la nature et de la société a, dès l'émergence d'une certaine forme de rationalité, provoqué une division entre les discours scientifiques, tant concernant l'objet qu'ils appréhendent que les méthodes qu'ils emploient à cette fin. Nous verrons que, pour Kelsen, le passage du polythéisme au monothéisme participe à expliquer la division opérée entre l'ordre de la nature et celui de la société à partir de laquelle naît la causalité (B). Le principe de rétribution, à partir duquel la nature était appréhendée dans les sociétés animistes, fait progressivement place à celui de causalité — qu'il reste encore à différencier de celui d'imputation si l'on veut produire un discours objectif sur le droit selon Kelsen.

A. La confusion « primitive » entre nature et société

Notons que, « ce qui est nature du point de vue de la science moderne est, pour le primitif, une partie de sa société, ordre normatif dont les éléments sont unis les uns aux autres selon le principe d'imputation. [...] La science de la nature moderne est le résultat d'une émancipation de l'interprétation sociale de la nature, c'est-à-dire de l'animisme³⁸ ». Pour Kelsen, la pensée prémoderne est ainsi caractérisée par un monisme normatif qui présuppose que toutes les choses, animées ou inanimées, ont une âme dont le mouvement est prescrit par le principe de rétribution.

³⁷ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 78.

³⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 92.

1. Les lois de nature et la superstition animiste

L'animisme dont parle Kelsen consiste à appréhender les lois de nature comme des normes. En effet, dans les sociétés dites « primitives », c'est par l'imputation qu'on lie une condition à une conséquence. Cette façon qu'ont les individus d'attribuer une intention (rétributive) — et donc une finalité aux événements, nous le verrons — est à l'origine même de leur superstition. Ainsi, le principe d'imputation exposé par Kelsen prend tout son sens : dans la Grèce antique, l'attribution de sanctions et de récompenses était semblable aux relations de cause à effet, car dans les sociétés animistes, les choses ont une volonté propre et suivent des normes imposées par une autorité supérieure. Il s'agit donc d'une personnification des causes³⁹. Autrement dit, « le dualisme de la nature en tant qu'ordre causal et de la société en tant qu'ordre normatif, le dualisme de deux méthodes différentes de relier les uns aux autres les éléments donnés est complètement étranger à la conscience primitive⁴⁰ ».

Niant le dualisme de l'être et du devoir-être, la philosophie aristotélicienne apparaît chez Kelsen comme imparfaite, voire primitive, au regard d'une conception moderne de la science. En effet, pour Kelsen, la philosophie grecque interprète la nature au regard du principe de rétribution et selon une conception animiste de la nature. Ainsi, il s'agit là d'une interprétation sociale de la nature qui, dans son monisme, appréhende les choses de la même manière que les personnes. De fait, sont attribuées aux choses des qualités humaines : « dans les sociétés primitives, le comportement des animaux, de plantes et même de choses inanimées est régi par l'ordre juridique, exactement de la même manière que celui des êtres humains⁴¹. » Souvent, cette conception semble aller de pair avec l'idée que derrière ces choses se cachent des forces supérieures dont il faut attirer les bonnes grâces⁴².

Par ailleurs, il a été démontré que ce type de superstition n'est pas seulement un comportement typiquement humain, mais aussi animal. De fait, dans une expérience où l'on distribue de manière aléatoire de la nourriture à un pigeon, ce dernier associe le comportement qu'il adopte au moment où il reçoit la nourriture à la distribution ; il reproduira ce comportement dans l'espoir de recevoir à nouveau de la nourriture⁴³. Il suffirait d'observer qu'un phénomène se produit à la suite d'un comportement pour croire que la cause dudit phénomène est le comportement lui-même.

³⁹ Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 92 : « l'essence de l'animisme est une interprétation personnaliste. »

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 115. Une illustration éclairante de ce phénomène concerne le jugement des bœufs cité dans la Bible et repris par Kelsen.

⁴² Voir par exemple H. KELSEN, *Society and Nature*, op. cit., p. 34 : « they [the Tlingit Indians] try to influence all objects of nature, such as the sun, moon, wind, lakes, mountains, glaciers, hot springs, the trees which they fell, etc., by addressing them as reasonable beings and asking them for good fortune. »

Voir aussi H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 468 sq. : « rien n'est plus caractéristique de cette *vision de la nature mythologique*, issue d'un sentiment d'infériorité du moi, que le fait observé encore récemment chez un peuple sauvage, dont les membres vénèrent comme des dieux les instruments qu'ils confectionnent eux-mêmes. »

⁴³ B. F. SKINNER, « "Superstition" in the Pigeon », *Journal of Experimental Psychology*, vol. 38(2), 1948, p. 168.

Cet exemple est révélateur du lien qui unit rétribution et superstition puisque le phénomène dont on croit qu'il est la conséquence de notre comportement n'est pas neutre : il est perçu comme une récompense ou comme une sanction. Notons que le sentiment de peine ou de plaisir engendré par un événement interprété comme une sanction ou une récompense apparaît être à l'origine de la croyance en une autorité supérieure qui *octroie* l'objet à l'origine de cette réaction émotionnelle.

De plus, les croyances superstitieuses trouvent leurs origines dans une confusion entre causalité et corrélation : alors que la première suppose qu'une cause induise nécessairement un effet, la seconde établit que deux variables évoluent conjointement sans nécessairement exposer de relation causale. En sciences modernes, il n'y a que par l'expérimentation que nous pouvons déduire une relation de causalité : par l'observation de deux situations à l'origine identiques (toute chose égale par ailleurs), il est possible de déduire un lien de causalité lorsqu'on applique un traitement à l'une des deux situations et que ce traitement entraîne une différence de résultat entre les deux situations. La pensée dite moderne entend s'émanciper de telles croyances. Ainsi,

Le pas décisif dans ce passage d'une interprétation normative à une interprétation causale de la nature, du principe d'imputation au principe de causalité, consiste en ceci que l'homme prend conscience que les relations entre les choses – à la différence des relations entre les hommes – sont déterminées indépendamment d'une volonté humaine ou supra-humaine, ou, ce qui revient au même, en ce qu'elles ne sont pas déterminées par des normes : la conduite des choses n'est pas prescrite ou permise par une quelconque autorité⁴⁴.

Par ailleurs, les rapports humains peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, être appréhendés comme une chose⁴⁵.

2. L'immanence du Bien et la rétribution

Kelsen estime que la supposition selon laquelle il est possible de dériver des normes sociales de la nature repose sur une conception téléologique du monde, comme chez Aristote. Kelsen dédie une partie du chapitre dix-sept de sa *Théorie Générale des Normes* au concept d'entéléchie, ce mouvement intrinsèque vers le Bien :

L'entéléchie (*έντελέχεια*) de la philosophie aristotélicienne est le mouvement inhérent de toute chose dirigé vers une certaine fin (*τέλος*). Cette fin est d'amener la chose à sa perfection. C'est une fin objective que la chose a par nature. La fin inhérente à la chose est : être telle qu'elle doit être, et cela veut dire : être bonne⁴⁶.

Or, pour Kelsen, « une interprétation téléologique de la nature présuppose [...] une conception théologique des choses ». Il estime en effet que « l'hypothèse d'une autorité transcendante, qui fixe à la nature ses fins » est nécessaire à cette conception. Dès lors, l'idée même de Dieu est présupposée, ce qui plonge cette vision du monde dans la métaphysique. Ainsi, chez Aristote, l'interprétation

⁴⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 93.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 10 : « Ne peut-on pas penser la société, comprise comme la vie en commun réelle d'êtres humains, comme un secteur de la vie en général, et par là même comme un élément constitutif de cet ensemble, la nature ? » Voir aussi p. 84 : « Il n'existe pas de raison suffisante de ne pas envisager la conduite humaine aussi comme un élément de la nature, c'est-à-dire comme régie elle aussi par le principe de causalité [...]. On ne saurait douter qu'une telle explication soit possible. »

⁴⁶ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 83-84.

animiste et finaliste de la nature suppose que le mouvement (vers le Bien notamment) soit intrinsèque aux choses. Ainsi, « il déchiffre métaphysiquement le droit naturel comme ce qui est inscrit dans l'ordre du monde et comme le chemin sur lequel s'actualise, parmi les hommes, la théologie cosmique⁴⁷ ». En effet, l'idée de « fin inhérente aux choses de la nature [l'entéléchie] est la valeur immanente à la réalité empirique, le devoir-être immanent à l'être⁴⁸ ». Cela correspond alors à une « interprétation *téléologique* de la nature », une interprétation en termes de finalité. Dès lors, « au rebours des requêtes que formulera l'humanisme moderne auquel nous sommes généralement formés, les jugements de valeur (ceux du juge par exemple) se ramènent nécessairement pour Aristote à des jugements de réalité⁴⁹ ». L'être et le devoir-être sont confus. De plus,

l'idée que la valeur est immanente à la réalité est un trait caractéristique d'une interprétation métaphysico-religieuse (c'est-à-dire non scientifique) de la nature et de la société. Elle ne peut être maintenue de manière cohérente que si l'on suppose que toutes deux sont des créations de Dieu en tant que personnification du bien absolu. Ce point de vue conduit inévitablement au problème insoluble de la théodicée, c'est-à-dire à l'insurmontable contradiction d'une réalité qui, en tant que création de Dieu, doit être considérée comme bonne mais dans laquelle, néanmoins, le mal est également immanent⁵⁰.

L'hypothèse est simple : si le caractère bon ou mauvais (constituant un jugement de valeur) est *inhérent* aux choses, qu'il est le produit de la nature, tout ce qui existe est bon⁵¹. Formulé autrement : « étant donné que tout ce qui est doit pouvoir être conçu comme voulu par Dieu, surgit la question : comment peut-on concevoir que le mal soit voulu par le Dieu bon⁵² ? »

Avec l'émergence du christianisme, « l'ontologie des philosophes grecs est ébranlée et la rencontre des thèmes classiques de la cosmologie païenne et des théories nouvelles que cisèle la théologie chrétienne s'opère dans un contexte intellectuel difficile⁵³ ». Sans approfondir l'évolution des théories du droit à l'époque médiévale, notons que loi naturelle et volonté divine vont toujours de pair mais, cette fois-ci ramenées à un seul principe fondateur, constituent le passage du polythéisme au monothéisme. « Dieu ayant désigné aux hommes les fins ultimes à poursuivre et ordonné la nature selon des principes d'harmonie [...] cette loi naturelle est conçue comme étant à la fois le fruit de sa volonté et une œuvre de sa raison⁵⁴. »

⁴⁷ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 39.

⁴⁸ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit.

⁴⁹ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit.

⁵⁰ H. Kelsen, « Science and Politics » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, op. cit., p. 358 : « The view that value is immanent in reality is a characteristic feature of a metaphysical-religious (and this means nonscientific) interpretation of nature and society. It can consistently be maintained only if it is assumed that both are creation of God as the personification of the absolute good. This view leads inevitably to the insoluble problem of theodicy, that is, to the insurmountable contradiction of a reality which, as the creation of God, is to be considered good but in which, nevertheless, evil is also immanent. »

⁵¹ H. Kelsen, « A "Dynamic" Theory of Natural Law », art. cité, p. 174-197.

⁵² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 122.

⁵³ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 49.

⁵⁴ D. BARANGER, *Penser la loi*, op. cit., p. 36.

De plus, avec Descartes, apparaît l'idée de conscience de soi, qui est, pour Kelsen, absente chez les « primitifs ». Du rationalisme naissent de nouvelles exigences scientifiques :

Parce que l'homme, en se découvrant, découvre en lui, du même mouvement, un besoin de certitude et de stabilité, il demande à la raison, que Descartes va bientôt identifier au "bon sens", de lui donner les règles d'une recherche qui, afin de balayer les erreurs, commencera par écarter, aussi bien les dogmes que les fables et les oracles, les miracles et les superstitions⁵⁵.

La rationalité apparaît alors comme un don de Dieu à l'homme : la volonté divine se retrouve dans la Raison « comme ce qui fait la différence entre l'homme et l'animal⁵⁶ ». Une explication possible se trouve dans le présupposé dualiste qui attribue aux choses matérielles une nature différente de celle des Idées puisque « dans le grand Tout du monde, l'homme n'est pas un être comme les autres⁵⁷ ».

B. Entre rationalisme et volontarisme, le dualisme comme solution au problème de la théodicée

Rappelons que, comme établi précédemment, Kelsen défend l'existence d'un lien entre théologie et téléologie : penser que le monde est guidé vers une fin présuppose l'existence d'une volonté suprahumaine. Que cette dernière prenne la forme d'une personnification des éléments de la nature ou d'un Dieu omniscient, il existerait selon cette conception du monde une cause première qui oriente les mouvements vers une cause finale par le principe de rétribution. Seulement en présupposant cela, nous pouvons rationnellement penser que l'expression de « loi naturelle » signifie à la fois compréhension de la nature et prescription de la bonne conduite à adopter. Pourtant, Kelsen rejette ces « survivances et résistances du jusnaturalisme médiéval accroché à la grande loi de Dieu et de Nature⁵⁸ » et postule que les phénomènes naturels ne sont explicables que par le principe de causalité et ne peuvent produire aucune indication pratique quant au *bon* comportement à adopter.

Ainsi, « sous la volonté du Dieu créateur et organisateur de l'univers, la raison est le principe et le moteur de la logique déductive que requiert la compréhension du droit⁵⁹ ». Dès lors, « de la priorité accordée au volontarisme divin à l'apparente suffisance du rationalisme humain [...] l'ordre axiomatique et l'ordre normatif se rejoignent pour placer la science du droit naturel sous le signe de la raison⁶⁰ ». En effet, pour résoudre le conflit entre loi naturelle et loi morale, le droit naturel semble souvent associer cette nature morale de l'homme au fait qu'il est la représentation de Dieu sur Terre, qu'il est pourvu d'une volonté propre, doté d'un libre arbitre, qui le distinguerait du reste du règne animal. Ainsi,

⁵⁵ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 77. Voir aussi F. BRAHAMI, *Introduction au Traité de la nature humaine de David Hume*, Paris, PUF, 2003, p. 21 : « L'exigence de garantir la valeur de la vérité de la représentation [...] ne peut émerger que dans le cadre d'une pensée qui extrait l'esprit du sein du monde, produisant ainsi une scission ontologique radicale entre le sujet et l'objet. » Il ajoute en note : « Quant à Descartes, l'un des deux objets de ses *Méditations métaphysiques* est la distinction réelle de l'âme et du corps. »

⁵⁶ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 77.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 81-82.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 81.

L'homme, à la différence des créatures qui "suivent uniquement les impressions de la nature", "peut agir ou ne point agir, suspendre ses mouvements et les régler comme il trouve toujours à propos". La conjonction de l'entendement et de la volonté fait de lui un être *libre*, capable de se conformer à des règles qu'il invente pour lui-même⁶¹.

Cela semble être le fondement sur lequel repose la solution apportée par Saint Augustin – et avec lui Leibniz – au problème de la théodicée : la volonté propre de l'homme oriente son action vers le bien ou le mal de façon intrinsèque⁶². Toutefois, Kelsen conteste quant à lui cette « fiction » :

Soit qu'un homme dise la vérité, soit qu'il mente, dans les deux cas, sa conduite est déterminée causalement, c'est-à-dire par une loi naturelle ; non pas par une loi naturelle aux termes de laquelle les hommes devraient nécessairement dire toujours et partout la vérité, ou au contraire toujours et partout mentir ; mais par une autre loi de la nature, par exemple la loi selon laquelle l'homme adopterait la conduite dont il se promet la plus grande satisfaction. La représentation de la norme selon laquelle on doit dire la vérité peut être un motif efficace d'une conduite conforme à la norme⁶³.

1. Dieu et l'idée de cause première : un rationalisme métaphysico-religieux

Tout d'abord, il semble que la propagation de l'approche déductive qui veille à établir l'existence d'un principe premier soit en lien avec l'idée selon laquelle il n'y a qu'un seul Dieu. En effet, le Souverain absolu exerce le monopole du Bien : il décrète quelle est la loi naturelle et l'homme, parce que et quand il est doté de raison, est susceptible de l'observer. Par exemple, Pufendorf indique que

partir de définitions et d'axiome afin d'en déduire *more geometrico* les conséquences logiques est le principe de la rationalité déductive qui, pour le droit, est synonyme de scientificité[...] [II] complète le schéma démonstratif de la démarche hypothético-déductive en l'enrichissant et en le nuancant par l'appel à une observation quasi expérimentale de la nature humaine⁶⁴.

Il en va de même pour Grotius dont la démarche s'apparente à la méthode cartésienne⁶⁵. Or, ces revendications expérimentales ne semblent faire référence qu'à un mode de pensée particulier plutôt qu'à une véritable « nature humaine ». Aussi, chez Grotius, la sociabilité apparaît comme « un penchant ou un habitus naturel doté d'un pouvoir rationnel de détermination [alors que], elle est, selon Pufendorf, une maxime morale qui, sous le signe de l'obligation et, partant de la volonté et de la liberté, possède une portée axiologique⁶⁶ ».

Toutefois, « Grotius [...] définit le concept du droit naturel comme un réquisit rationnel proprement humain, Pufendorf en rattache l'idée à l'obligation qu'impose

⁶¹ *Ibid.*, p. 85 citant PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, 1732, I, II, § 9.

⁶² SAINT AUGUSTIN, *De Gratia et Libero Arbitrio* 2-5 ; PL. XLIV, 882-885 cité dans G. DE PLINVAL, « Aspects du déterminisme et de la liberté dans la doctrine de saint Augustin », *Revue d'Études Augustiniennes et Patristiques*, 1955, 1(4), 345-378 : « les préceptes divins ne serviraient de rien, si l'homme n'avait pas la libre disposition de volonté par laquelle, en les accomplissant, il peut parvenir aux récompenses promises. »

⁶³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁴ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 81, note 1.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 87.

aux hommes la loi naturelle voulue par Dieu⁶⁷ ». La question du volontarisme se pose et avec elle celle de la théodicée. En effet, si Dieu a fait le monde et a voulu le droit naturel, comment expliquer le mal, l'*infraction* à sa loi ? Pour Pufendorf, « le droit naturel est une règle en quoi la raison humaine se borne à reconnaître la normativité de la loi naturelle que la volonté divine a mise dans le monde et qu'il appartient à la volonté humaine de suivre (ou de ne pas suivre)⁶⁸ ».

Ainsi, « le *De jure praedae* assigne comme source au *jus naturae primum* la seule volonté de Dieu⁶⁹ », « la nature est conçue comme un législateur suprême⁷⁰ ». À l'inverse, le relativisme kelsenien cherche à démontrer qu'en démocratie, la participation des individus à l'élaboration des normes juridiques permet de déterminer ce qui paraît juste à une certaine communauté à un moment donné – et non à partir du présupposé métaphysique de l'existence d'une volonté supra-humaine. En effet, cette conception n'appuie pas suffisamment, selon lui, la distinction entre causalité et imputation. Pour Kelsen,

L'hypothèse d'une première cause, une *prima causa*, qui est l'analogie du point final de l'imputation, est incompatible avec l'idée de causalité, du moins avec l'idée de causalité impliquée dans les lois de la physique classique. L'idée d'une première cause est également une relique de ce stade de la pensée où le principe de causalité n'était pas encore émancipé de celui de l'imputation⁷¹.

Dans son article « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », Kelsen estime que les questions sociales ont connu une évolution, d'une pensée animiste et rétributiviste à l'émergence d'une méthode scientifico-critique. Nous verrons que la philosophie métaphysique et absolutiste n'est pas pour Kelsen érigeable au rang de science puisqu'elle correspond à une vision primaire du monde qui ne distingue pas causalité et imputation : c'est le cas d'Aristote, mais aussi, de façon plus surprenante, de Kant. Il s'agira de montrer ici que la critique de l'entéléchie aristotélicienne et de la raison pratique kantienne est en réalité, pour Kelsen, une façon de rompre avec le droit naturel qui se caractérise pour lui par une négation du dualisme de l'être et du devoir-être.

Il semble ainsi que, pour aboutir à une connaissance objective, Kelsen entend se détacher de toute idée métaphysique. Cela suppose pour lui de renoncer à une interprétation théologique de la nature faisant référence à l'idée de Dieu ou de cause première entendue plus généralement :

⁶⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 86.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 81, note 3 citant Prolegomena du *De jure praedae*, Paris, E. Thorin, 1869 : « *Quo Deus se velle significavit id jus est* », p. 7-8 ; le droit naturel est « ce que Dieu dicte à travers la nature », p. 34.

⁷⁰ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 2.

⁷¹ H. KELSEN, « Causality and Imputation » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, *op. cit.*, p. 333 : « the assumption of a first cause, a *prima causa*, which is the analog on to the end point of imputation, is incompatible with the idea of causality, at least with the idea of causality implied in laws of classical physics. The idea of a first cause, too, is a relic of that stage of thinking in which the principle of causality was not yet emancipated from that of imputation ». Voir aussi *id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 99 : « La représentation d'une cause première, qui joue un rôle décisif dans la métaphysique religieuse sous la forme de la volonté créatrice de Dieu, ou de la volonté libre de l'homme, est également un reste de pensée primitive, dans lequel le principe de causalité ne s'est pas encore complètement émancipé du principe d'imputation. »

La représentation d'une cause première qui, en tant que volonté de création divine ou en tant que libre volonté humaine, joue un rôle décisif dans la métaphysique religieuse, est caractéristique d'une façon de penser dans laquelle le principe de causalité n'est pas distingué (pour une raison ou une autre) du principe d'imputation⁷².

Si le discours scientifique doit se passer de l'idée de cause première, il doit également mettre de côté celle de cause finale. L'idée d'une volonté supra-humaine guidant le monde vers un Bien absolu relève pour Kelsen du mythe. Un tel discours reposant sur la déduction est toutefois rationnel dès lors que l'on assume son caractère religieux et renonce en même temps à sa prétention scientifique. Notons que la déduction suppose une capacité de raison qui elle-même suppose une distinction au sein de la nature entre l'humain et le reste du monde : « l'idée du droit naturel, arrachée au contexte cosmothéologique où l'avait implantée une longue histoire, se trouva rapportée à la nature humaine en laquelle, devait-on dire, elle relevait des puissances de la rationalité⁷³. » Contrairement aux théories théologiques qui l'expliquent par l'idée que l'homme est le représentant de Dieu sur Terre, cette distinction prend chez Kelsen la forme du dualisme entre causalité et imputation⁷⁴. Ce dernier consiste en ceci que la première est une chaîne infinie tandis que la seconde, du fait qu'elle émerge d'une volonté, a un point de départ (la conduite) et un point final (la sanction).

Le droit naturel suppose quant à lui des valeurs absolues, un fondement unique duquel sont déductibles des principes que l'individu choisirait librement de suivre, ou non, et en fonction desquelles ses actions seraient rétribuées par une volonté supérieure. Pour Kelsen, cette conception n'est pas valable puisqu'elle fait appel à la métaphysique. Puisque l'homme appartient au monde « réel », à l'ici-bas, il est soumis aux mêmes lois que l'ensemble des phénomènes naturels, dont la loi de la causalité. Ainsi, comme énoncé précédemment, le bien ou le mal n'est pas, pour Kelsen, inhérent aux choses de la nature mais une réaction (désir ou peur) d'un homme face à cette chose. La morale constitue une façon d'interpréter le réel mais elle n'est pas contenue en lui en tant que propriété de la chose. De fait, elle n'est pas perceptible par les sens. La morale est une projection humaine sur la nature, un jugement de valeur, qu'il soit commandité par Dieu ou le fruit de l'arbitraire humain⁷⁵. Elle n'a donc pas de caractère rationnel⁷⁶.

⁷² H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 32.

⁷³ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 78.

⁷⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 99 : « Sur cette différence fondamentale entre la causalité et l'imputation [...] repose l'antithèse entre la nécessité qui règne dans la nature et la liberté qui existe à l'intérieur de la société, et qui est essentielle pour les relations normatives des hommes. »

⁷⁵ E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 116 : « Dans la relation causale, la liaison est naturelle, elle échappe à l'homme. [...] La relation d'imputation au contraire ne se produit que parce que l'homme l'a décidé, ou parce qu'il admet que quelqu'un l'ait décidé pour lui. Du point de vue moral, elle traduit la liberté, le libre arbitre de l'homme. »

⁷⁶ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 8-9 : « La raison pratique [...] est — comme la raison divine — à la fois pensée et volonté, et elle est — si on l'observe de plus près — la raison divine dans l'homme, la raison de Dieu à laquelle l'homme participe en tant qu'il a été créé à l'image de Dieu. »

Enfin, Kelsen insiste sur l'idée selon laquelle l'humain n'est libre que parce qu'il est le point final de l'imputation⁷⁷. C'est au contraire parce qu'il est déterminé que l'imputation a un sens, qu'elle peut agir comme cause de son action⁷⁸.

2. La causalité et l'absence de cause finale : un rationalisme scientifico-critique

Kelsen estime que, pour revendiquer la rationalité de la doctrine du droit naturel, il faut assumer l'empreinte métaphysico-religieuse et ne pas revendiquer un savoir vrai. Il faut admettre une croyance qui présuppose donc que l'on adhère à son fondement relatif. Il dit par exemple que la philosophie de l'histoire hégélienne s'apparente à une théologie qui, parce qu'elle présuppose une volonté divine parfaitement bonne, est « optimiste ». L'aspect critique de la démarche rationnelle consiste à suspendre un tel jugement, à le considérer comme hypothétique. Il établit alors comme présupposé de la science empirique qu'il n'y a ni bien immanent ni volonté divine guidant la nature (ce qui relèverait de la métaphysique) et donc aucune fin présupposée, mais seulement une récurrence probable d'événements observés au prisme de la causalité. En effet, à partir de la Renaissance, l'idée d'une loi *scientifique* reposant sur le développement de la physique mathématisée émerge⁷⁹ et vient rompre avec l'idée d'un monde ordonné par une volonté divine.

La causalité peut être définie comme la relation entre la cause et l'effet, qu'elle soit considérée comme une relation de nécessité ou de simple probabilité⁸⁰. Toutefois, il est important de noter que « l'idée que la causalité signifie une nécessité absolue dans la relation de cause à effet [...] est certainement une relique de l'opinion selon laquelle c'est la volonté d'une autorité absolue et omnipotente qui relie les effets à la cause⁸¹ ». Le passage de l'animisme à la science moderne évoqué précédemment se réalise pour Kelsen grâce à la théorie empiriste de Hume — qui réveille Kant de son sommeil dogmatique. En effet, ce dernier substitue l'idée d'*habitude* à celle qui appréhende les faits naturels comme étant dirigés vers des causes finales. Elle consiste à tirer des conséquences similaires de faits identiques perçus par l'expérience.

La nécessité, présupposant sur une volonté surhumaine, repose sur un fondement métaphysique et contredit le relativisme défendu par Kelsen. Comme le

⁷⁷ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 101 : « La conduite qui est le point final de l'imputation qui constitue la responsabilité, cette responsabilité qui n'existe qu'en vertu d'un ordre moral ou d'un ordre juridique, n'est au contraire du tout un point final selon la causalité de l'ordre de la nature, ni comme cause ni comme effet, mais n'est qu'un simple élément dans une chaîne infinie. »

⁷⁸ *Id.*, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 72 : « Le but qu'on vise en posant une norme statuant comme obligatoire un certain comportement humain est de provoquer un comportement conforme à la norme par le fait que la représentation mentale qu'on a de la norme devient le motif du comportement qui y est conforme. » Voir aussi *id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 112 : « On ne peut décrire scientifiquement le sens d'un acte par lequel l'autorité ordonne, habilite ou permet positivement une certaine conduite humaine, que comme une tentative de faire naître chez les hommes des représentations dont la force motivante les incite à une certaine conduite. »

⁷⁹ D. BARANGER, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁰ Voir H. KELSEN, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 256-257 : « It is a modification in the direction of a transition from absolute certainty to mere probability, a development which began, however in classical physics. »

⁸¹ *Id.*, « Causality and Imputation », art. cité, p. 330 : « The idea that causality means an absolute necessity in the relation of cause and effect [...] is certainly a relic of the view that it is the will of an absolute, omnipotent authority which connects the effects with the cause. »

défendait Hume, une cause n'est pas « une substance émettant une force », produisant un effet, mais une relation *relative* entre deux objets⁸². En ce sens, notons qu'à la suite de Galilée, le mouvement, le changement dans la nature, n'apparaît plus explicable que par des facteurs extérieurs et relationnels⁸³. L'idée de cause finale est ainsi rejetée au profit de celle de cause efficiente. Aussi, « particulièrement instructive est la négation absolue par Spinoza des causes finales ; c'est en effet toute la conception aristotélécienne de la rationalité scientifique qui est niée : un discours finaliste ou téléologique ne peut être rationnel⁸⁴ ».

Par ailleurs, la causalité fait l'objet d'une critique essentielle qu'il nous faut développer ici : David Hume, père de l'empirisme, exprime l'idée selon laquelle il est impossible de tirer des conclusions universelles (valables en tout temps et en tout lieu) à partir d'expériences particulières. Cela est dû au fait que nous sommes incapables d'élaborer un ensemble fini et connu des éléments à prendre en compte par l'expérience. N'étant pas omniscient, l'humain ne peut prendre en compte *tous* les cas de figure nécessaires à l'émergence de conclusions *certaines* : on parle alors d'*induction amplifiante*. En un sens, empirisme et nominalisme sont des postures concordantes : il n'existe aucune catégorie universelle mais uniquement des phénomènes particuliers.

Tandis que l'homme découvre l'*évolution* de la nature, et en elle, le *lien d'interaction* entre les choses, il écarte de ces choses leur moitié divine, lui fait quitter le domaine des objets en interaction appartenant à son monde visible et accessible, pour faire couler cette partie divine dans un autre monde, un monde supraterrestre qui échappe à ses sens comme à son entendement. C'est seulement à ce stade que le dualisme métaphysique d'un au-delà refermant la vérité absolue et d'un ici-bas qui ne peut être saisi que par les hommes en proie à l'erreur, que le dualisme métaphysique de la transcendance et de l'expérience, de l'idée et de la réalité, atteint son achèvement⁸⁵.

Il est impossible pour l'humain d'anticiper tous les paramètres environnementaux qui permettraient une connaissance absolue — il ne peut qu'atteindre l'*intime conviction*. Nous ne pouvons jamais être certains que le soleil se lèvera demain. Ainsi, l'empirisme de Hume vire au scepticisme « parce qu'il montre que l'on doit abandonner toute prétention à découvrir la moindre nécessité dans les phénomènes naturels⁸⁶ ».

⁸² *Id.*, *Society and Nature, op. cit.*, p. 249 [traduction personnelle] : « Les objections de Hume sont principalement dirigées contre l'idée, encore répandue à son époque, qu'il existe un lien objectif entre la cause et l'effet, un lien inhérent aux choses elles-mêmes — un lien interne tel que la cause provoque en quelque sorte l'effet ; la cause fait quelque chose en induisant l'effet. La cause est donc conçue comme un agent, une substance qui émet une force. Cette idée semble avoir été renforcée par l'expérience du fonctionnement de la volonté de l'homme, qui considérerait son ego ou son "âme" (un concept similaire à celui de la force) comme la "cause" de son action. »

⁸³ E. YAKIRA, *La causalité de Galilée à Kant*, Paris, PUF, 1994, p. 15.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 80. Voir aussi « Absolutism and Relativism », art. cité, p. 205 : « In modern times, Spinoza combined his antimetaphysical empiricism with an outspoken preference for democratic principles in the moral and political fields. »

⁸⁵ H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 470.

⁸⁶ G. BLIGH, « L'analogie perdue entre la nature et le droit. L'influence sur la pensée juridique du tournant empirico-logique au début du XX^e siècle » in T. POUTHIER, *Le droit constitutionnel et les sciences de la nature, de Bacon à Kelsen*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ-Lextenso, 2019.

Aussi, contrairement à l'idée selon laquelle la « nature est dotée de volonté et intelligence⁸⁷ », Kelsen pose que la nature ne veut rien, qu'elle n'a pas de volonté propre, de cause première ou de cause finale. L'humain appréhende des successions d'événements dont il tire, par habitude, des lois permettant dans une certaine mesure d'anticiper le futur. D'un point de vue épistémologique, le relativisme de Kelsen se rapproche du scepticisme humien. Notons enfin que ce *biais finaliste* constitue, pour Kelsen, le caractère commun de la sociologie et du droit naturel à décrire une société idéale, à déduire des normes ou des valeurs à partir de faits :

Tel est le penchant essentiel de la sociologie et de la philosophie de l'histoire telles qu'elles se sont développées au XIX^e siècle. Bien que ces deux disciplines soient directement opposées à la doctrine du droit naturel, elles appliquent la même méthode et se heurtent donc à la même erreur que la doctrine qu'elles entendent remplacer — la déduction de l'être à partir du devoir-être⁸⁸.

Grâce à l'émergence du principe de causalité, l'humain a donc pu distinguer les règles de nature, guidant les relations *entre* les choses, des normes créées par une volonté, divine ou humaine, qui guide les comportements. Si le discours sensé d'un sujet raisonnable est le propre de l'humain, il suppose le dualisme de la société et de la nature — à la différence de l'animisme qui appréhende le monde d'un point de vue normatif et attribue une volonté aux choses. La doctrine moderne du droit naturel, quant à elle, demeure sujette aux « survivances métaphysiques d'obédience cosmologique et surtout théologique⁸⁹ » ; elle apparaît à Kelsen comme une appréhension finaliste de la nature. La lecture kelsenienne du droit naturel estime que cette doctrine suppose l'existence de façon inhérente à la nature des normes objectives, une bonne façon de se comporter qui est observable. En effet, l'interprétation volontariste de ce dualisme entre nature et société est théologique et donc, pour Kelsen téléologique. En déduisant d'une potentielle « nature humaine » des postulats divers et hétérogènes⁹⁰, les doctrines naturalistes du droit laissent encore transparaître un biais de finalité contraire aux critères du discours objectif établis par Kelsen. Ce dernier assimile le droit naturel à la morale et en dénonce la prétention à l'objectivité qui tend à absolutiser les valeurs.

II. L'OBJECTIVITÉ DE LA MORALE FACE À LA SCIENCE MODERNE

Pour revendiquer sa scientificité, le discours doit répondre à des critères énoncés par la communauté scientifique de la discipline dans laquelle il s'inscrit. L'établissement de tels critères ne permet donc pas l'émergence de vérités absolues mais, pour reprendre le vocable de Thomas Kuhn, l'émergence d'un *paradigme*, c'est-à-dire d'un consensus temporaire autour de découvertes scientifiques universellement reconnues pour un temps. Dès lors, si l'approche théologique évoquée précédemment répondait aux exigences modernes du discours rationnel,

⁸⁷ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 5.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 29. Voir aussi p. 40 : « La doctrine du droit naturel, qu'elle présente ses résultats comme des déductions d'une loi de nature en termes de philosophie du droit ou comme des déductions d'une loi de l'évolution en termes de sociologie ou d'histoire, fonctionne avec une méthode logiquement erronée par laquelle les jugements de valeur les plus contradictoires peuvent être et ont été effectivement justifiés. »

⁸⁹ S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, op. cit., p. 78.

⁹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 222 : « Aussitôt que la doctrine du droit naturel entreprend de déterminer le contenu des normes immanentes à la nature, déductibles de la nature, les divergences et oppositions les plus aiguës commencent pour elle. »

il semble que ce modèle soit dépassé pour le scientifique du XX^e siècle. Il semble qu'un changement de paradigme s'opère entre une rationalité théologique et une méthode expérimentale.

Nous verrons en effet que, dans les théories du droit naturel, l'idée d'une loi naturelle issue de la volonté divine exprimant à la fois les liens entre des faits et des obligations morales constitue pour Kelsen une confusion entre imputation et causalité qui apparaît contraire aux critères de scientificité du positivisme (A). Cependant, il s'agira de montrer qu'une science du droit revendiquant un caractère empirique et reposant uniquement sur le principe d'imputation comporte elle aussi des difficultés, notamment quant à son caractère vérifiable. Dès lors que l'on admet que les fins sont relatives, l'objectivité des discours prescriptifs ne peut être qu'hypothétique (B).

A. La distinction entre causalité et imputation au cœur du positivisme

Kelsen s'inspire du Cercle de Vienne pour démontrer que les inférences logiques entre les discours prescriptif et descriptif sont impossibles puisque le premier suppose une volonté et le second au contraire que l'on s'abstienne de tout jugement de valeur. Tandis que, lorsque la rationalité du discours est conditionnée par l'absence de cause première ou finale, la causalité s'apparente à une chaîne infinie, l'imputation, en tant qu'elle est l'expression d'une volonté, détermine quant à elle la condition et la conséquence qu'elle lie. Un tel lien n'existe pas *a priori*, il n'est pas découvert, mais créé. Cette séparation entre imputation et causalité s'opère donc par le critère de la volonté humaine, qui présuppose le dualisme de la société et de la nature. Or, l'illusion que l'humain est à l'origine de sa propre action⁹¹ apparaît comme un résidu de la conception volontariste du monde. Cette fiction est pour Kelsen inutile pour tenir les individus pour responsables de leurs actes.

1. Le vouloir comme condition du devoir

Comme nous l'avons vu, le volontarisme suppose que l'homme puisse se détacher des lois de nature par sa propre volonté. Cela s'explique par le dualisme de la nature et de la culture qui confère à l'humain cette place particulière dans le monde. De la même manière, chez Kelsen, le critère de distinction entre la loi naturelle (causale) de la loi positive (imputée) est la volonté. Kelsen explique que

La causalité et l'imputation sont deux types différents d'un rapport fonctionnel, deux types différents dans lesquels deux faits sont unis ensemble comme condition et conséquence. La différence entre les deux réside en ce que l'imputation (c'est-à-dire la relation entre un certain comportement comme condition et une sanction comme conséquence, décrite par une loi juridique ou morale) est établie par un acte de volonté, dont une norme est la signification, tandis que la causalité (c'est-à-dire la relation entre une cause et un effet, décrite par une loi naturelle) est indépendante d'une telle intervention⁹².

⁹¹ *Id.*, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 249 : « Hume's objections are directed mainly against the idea, still prevalent in his time, that there exists an objective connection between cause and effect, a connection inherent in the things themselves — an inner bond such that the cause somehow brings about the effect; the cause does something in inducing the effect. Hence, the cause is conceived of as an agent, a substance emitting force. Such an idea seems to have been supported by the experience of the operation of the will of man, who considered his ego or his "soul" (a concept similar to that of force) as the "cause" of his actions. »

⁹² *Id.*, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 31-32.

Ces deux principes ont des origines communes dans le principe de rétribution. En effet, Kelsen décrit la transition d'une interprétation normative à une interprétation causale qui aurait été opérée dès lors que l'humain a pris conscience que la relation entre les choses (naturelles) était indépendante de toute volonté, qu'elles n'étaient pas déterminées par des normes mais par des faits (il s'agit ici du rejet de l'animisme, de la superstition et de la métaphysique entendue comme référence à une volonté divine)⁹³. Il considère que les principes de rétribution et de causalité étaient à l'origine un même acte de pensée puis que l'idée de causalité (qui n'est pas synonyme de nécessité mais plutôt de probabilité) aurait été discriminée du principe de rétribution qui demeura une « interprétation sociale de la nature⁹⁴ ». Rappelons que, pour Kelsen,

L'imputation est un principe organisateur de la pensée humaine, tout de même que la causalité, et elle est par suite aussi peu ou tout autant une illusion, une mystification ou une idéologie que l'est celle-ci, qui, n'est, elle aussi, pour parler avec Hume ou avec Kant, qu'une habitude de pensée ou une catégorie de la pensée⁹⁵.

Or, les critères modernes de scientificité supposent une stricte séparation entre les deux domaines qui sont organisés par la pensée : les faits et les valeurs. Il existe en effet une impossibilité logique du passage de l'être au devoir-être que Kelsen exploite tout au long de l'article pour discréditer le droit naturel. De plus, notons que Hume n'interdit pas purement et simplement le passage de l'être au devoir-être, il exprime simplement la nécessaire *justification* d'une telle transition. Il ajoute cependant : « En même temps, il faut bien expliquer comment cette nouvelle relation peut être déduite des autres qui en sont entièrement différentes car cela semble totalement inconcevable⁹⁶. » Kelsen interprète :

De ce que quelque chose *est*, il ne peut pas s'ensuivre que quelque chose doit être ; non plus que, de ce que quelque chose doit être, il ne peut s'ensuivre que quelque chose *est*. La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle⁹⁷.

Pour Hume, la raison étant soumise aux passions, elle ne peut être qu'une faculté de connaître et non un pouvoir de détermination éthique : elle est indifférente à la pratique. Ainsi, pour les empiristes dont se revendique Kelsen, la raison est uniquement théorique. La morale ou raison pratique ne peut donc reposer sur des données empiriques : « C'est ce que signifie l'impossibilité logique de passer du *Is* (ce qui est) au *Ought* (ce qui doit être) ; d'inférer une règle de conduite d'une description de l'être⁹⁸. » De la même façon, Hobbes suivi de Pufendorf reconnaissent que les catégories morales du bien et du mal ne sont que l'expression de jugements de valeur subjectifs ayant leur origine dans les

⁹³ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 84-85.

⁹⁴ *Id.*, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 250-251.

⁹⁵ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁶ D. HUME, *Traité de la nature humaine*, III, trad. P. Folliot, Bibliothèque Numérique Francophone les classiques des sciences sociales, p. 17.

⁹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 193.

⁹⁸ J. P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 46, n° 1, 2001, p. 50.

sensations : ils ne se font « aucune illusion sur le caractère subjectif de nos jugements concernant le bien et le mal⁹⁹ ».

Il est alors légitime de s'interroger sur la manière de distinguer ce qui relève de l'être de ce qui relève du devoir-être. Si pour Kelsen la distinction est limpide — la distinction entre les copules « si A est, B est » et « si A est, B doit être » serait « donnée à notre conscience » par la catégorie même du *Sollen* dont l'essence n'est pourtant pas explicite —, elle apparaît en réalité plus complexe, comme le montre notamment John L. Austin dans *Quand dire c'est faire*. Certains énoncés, en effet, semblent constituer l'acte qu'ils entendent constater du simple fait de leur énonciation. Autrement dit, « lorsqu'on se penche sur les actes constatifs qui, en procédant à une simple description, sont supposés différer radicalement des performatifs, on finit pourtant par trouver qu'ils leur ressemblent étrangement, à tel point que la distinction entre constatif et performatif semble perdre sa pertinence¹⁰⁰ ». Pour exprimer cette idée différemment, il semble possible de dire que le *Sollen* ne constitue pas une propriété intrinsèque de l'énoncé (lui-même support d'une information) mais bien plutôt qu'il est une manière d'appréhender certaines informations selon le contexte dans lequel elles ont été énoncées, il est un mode interprétatif particulier « qui renvoie à une question d'autorité et non de vérité » bien que ces deux fonctions du langage « s'entremêlent ».

L'assertion selon laquelle le monde naturel est guidé par une volonté suppose un jugement de valeur, la croyance en une autorité supérieure — que Kelsen réduit à une projection de la part des auteurs de leurs propres désirs et peurs. Ainsi, si, pour Kelsen, prétendre déduire des normes de la réalité empirique constitue en réalité une transposition de son propre jugement moral sur les faits¹⁰¹. Toutefois, il ne s'étonne pas que les règles du monde social soient le produit arbitraire d'une volonté qui extrait l'humain de la nature et est ainsi analogue à cette volonté divine. Une telle critique peut être tournée contre celui qui s'efforce de construire un *Sollen* descriptif¹⁰². Dès lors, la description du réel, la revendication d'un discours scientifique ou objectif sur la nature, ne semble pouvoir être produite que par l'expérience, par l'*habitude*, elle doit être démontrable dans les faits, sans quoi elle s'apparente à une justification du vouloir par des causes supérieures érigées en fins ultimes.

⁹⁹ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 14.

¹⁰⁰ O. CAYLA, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p. 17. Voir p. 19 : « l'entreprise théorique, "puriste" par excellence, de Kelsen est bien entendu une première cible possible pour la "déconstruction" austiniennne, étant donné le caractère inébranlable de l'attachement du juriste autrichien au principe de l'incommensurabilité des énoncés de "sein" aux énoncés de "sollen", c'est-à-dire de la séparation radicale entre le descriptif et le prescriptif, ce qui revient en termes austiniens à opter — à l'inverse de *Quand dire c'est faire* — en faveur de l'opposition constatif-performatif et à rejeter le tandem locutoire-illocutoire. »

¹⁰¹ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 9.

¹⁰² *Id.*, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 222 : « Pour la science, la nature est un système d'éléments régis par la légalité causale. Elle n'a aucune volonté et, par suite, ne peut pas poser de normes. On ne peut admettre l'existence de normes immanentes à la nature, que si l'on inclut dans la nature la volonté de Dieu. Or l'idée que, dans la nature qui est une manifestation de sa volonté — ou de toute autre façon —, Dieu commanderait aux hommes de se conduire d'une certaine façon, est une thèse métaphysique qui ne peut pas être acceptée d'une façon générale par une science quelconque et en particulier par la science du droit : la connaissance scientifique ne peut avoir pour objet un quelconque processus que l'on situe au-delà de toute expérience possible. »

2. La subjectivité du vouloir et l'objectivité du savoir

Pour établir un discours objectif, Kelsen établit que « l'épistémologie relativiste, dans la présentation la plus cohérente qui en est faite par Kant, interprète le processus de cognition comme la création de son objet¹⁰³ ». Cette posture constructiviste suppose pour Kelsen que le sujet ne reflète pas la réalité comme un miroir mais qu'il la constitue. Toutefois, il précise :

Il existe une corrélation entre le sujet et l'objet de la cognition. Le sujet n'est pas absolument libre dans le processus de cognition. Il existe des lois qui régissent le processus par lequel le chaos des perceptions sensuelles est transformé en un cosmos porteur de sens. En se conformant à ces lois, la connaissance rationnelle de la réalité — contrairement à l'évaluation basée sur des émotions subjectives — a un caractère objectif¹⁰⁴.

Si les lois de cognition des disciplines ayant pour objet le *Sein* reposent sur l'expérience et la causalité, la science du droit et l'éthique, ayant pour objet le *Sollen*, semblent quant à elles exemptes d'un tel prérequis. L'objectivité de leurs énoncés reposerait davantage sur la capacité du sujet à se détacher de ses inclinations naturelles, à ne pas laisser transparaître ses désirs et ses craintes. À la suite du sujet transcendantal kantien, Weber considère que le savant doit s'émanciper du politique et établit le critère de neutralité axiologique, la *Wertfreiheit*¹⁰⁵. Il semble alors que la possibilité d'une connaissance objective des valeurs ne puisse s'effectuer que de manière *indirecte*. Pour Alexandre Viala, cela s'explique par le fait que les valeurs sont chez Weber, le « produit de l'émotion et du libre arbitre humain » et, les questions qui les touchent « sont alors sujettes, dans l'épistémologie weberienne, à un traitement privilégié de sanctuarisation : parce qu'elles relèvent, en l'homme, de cette part sacrée et quasi divine de la libre volition, elles échappent, comme un tabou, à toute préhension d'ordre scientifique¹⁰⁶ ».

Pour Kelsen, élaborer des valeurs, exprimer des jugements en termes de bon ou mauvais, à partir de faits — « la confusion entre la description et l'explication de la

¹⁰³ *Id.*, « Absolutism and relativism », art. cité, p. 200 : « Relativistic epistemology, in its most consistent presentation by Kant, interprets the process of cognition as the creation of its object. »

¹⁰⁴ *Ibid.* : « There is a correlation between the subject and the object of cognition. The subject is not absolutely free in the process of cognition. There are laws governing this process in which the chaos of sensual perceptions is transformed into a meaningful kosmos. In complying with these laws, rational cognition of reality — in contradiction to evaluation based on subjective emotions — has an objective character. »

¹⁰⁵ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 25 cité in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 24-25 : « L'opinion commune est que le progrès du savoir scientifique dans l'âge moderne est dû à l'élimination de la conception finaliste de l'univers, qui conduisait à prononcer des jugements de valeur sur des faits naturels : même si, comme il a été répété un nombre de fois infini, cette suspension des jugements de valeurs est plus difficile dans le monde des faits humains, il est cependant incontestable que la caractéristique de l'orientation scientifique de l'étude des faits humains est représentée, avant même l'usage de certaines techniques, par l'objectivité, entendue précisément comme une abstention de toute prise de position en face de la réalité observée, ou une neutralité éthique, ou selon la célèbre formule de Weber, une "Wertfreiheit". » En ce sens, voir H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité : « it can be easily proved that modern science is the result of a process characterized by the tendency of emancipating the interpretation of nature from social categories. »

¹⁰⁶ A. VIALA, « Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 67(2), 2011, p. 96.

vie sociale réelle et la proclamation de postulats normatifs, entre des affirmations sur la réalité sociale et sur l'avenir de la société et des jugements de valeur politiques¹⁰⁷ » – constitue une tentative dissimulée, et parfois même inconsciente, de justifier ses propres intérêts, de faire valoir sa vision subjective de la réalité :

Pour justifier les jugements de valeur subjectifs qui émergent de l'élément émotionnel de sa conscience, l'homme tente de les présenter comme des principes objectifs en leur conférant le statut de vérité, d'en faire des propositions du même ordre que les déclarations sur la réalité¹⁰⁸.

En réalité, ce que Kelsen déplore ici constitue à nouveau le rejet d'une interprétation téléologique ou finaliste de la nature ou réalité. De plus, Durkheim s'oppose de la même manière à ces autres puisque, dans le cinquième chapitre des *Règles de la méthode sociologique*, il

développe longuement la nature logique de l'explication à l'œuvre dans la sociologie de Comte et de Spencer : que ce soit en privilégiant l'utilité des phénomènes sociaux (ce "à quoi ils servent", le "rôle qu'ils jouent", p. 182), en faisant le simple, quoique complexe, développement de la nature humaine, ou, enfin, en les constituant comme la réalisation d'une "tendance" historique (loi des trois états de Comte, évolutionnisme de Spencer) on met en avant le meilleur mode logique d'explication : le finalisme¹⁰⁹.

Toutefois, Kelsen reproche à Durkheim de ne pas suffisamment marquer la distinction entre jugements de fait et jugement de valeur¹¹⁰. Dès lors, nous pouvons légitimement nous interroger sur la façon dont il faut opérer pour établir cette nuance. Kelsen répond :

Les jugements de valeur – les jugements qui énoncent soit qu'une conduite effective est conforme à une norme considérée comme objectivement valable et est en ce sens bonne, c'est-à-dire une valeur positive (*Wertvoll*), soit qu'une conduite effective contredit une telle norme et est en ce sens mauvaise, c'est-à-dire contraire à une valeur (*Wertwidrig*) –, doivent être distingués des jugements de réalité, qui énoncent, eux, que quelque chose est et ce qu'il est : ces jugements de réalité ne se réfèrent pas à des normes considérées comme objectivement valables, c'est-à-dire, en dernier ressort, à une norme fondamentale supposée¹¹¹.

Il est alors possible de conclure que, pour pouvoir prétendre diffuser un discours *rationnel*, le théoricien doit se contenter de faits observables et ne doit pas laisser transparaître ses intérêts subjectifs. Toutefois, il est possible de douter de la capacité de l'humain à ne pas intervenir dans son propre processus cognitif, et de nuancer la séparation entre savoir et vouloir. De fait,

ces exigences [de neutralité axiologique et d'objectivité] apparaissent bien souvent, chez ceux mêmes qui les ont brandies avec le plus de force – Max Weber ou Hans Kelsen les premiers –, non comme des dogmes mais comme des idéaux qui doivent guider le savant qui cherche à produire un discours présentant des gages de scientificité¹¹².

¹⁰⁷ H. KELSEN, « The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science », art. cité, p. 28.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁹ J. M. BERTHELOT, *1895 Durkheim, l'avènement de la sociologie scientifique*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, 1995, p. 40.

¹¹⁰ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, op. cit., note 52.

¹¹¹ *Id.*, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 25.

¹¹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 282.

Ainsi, l'acte de connaître n'est pas une démarche d'un sujet constitué *a priori* mais bien un *effort* qu'il paraît impossible à réaliser absolument. Autrement dit, « la neutralité "axiologique" de l'activité scientifique n'est pas synonyme de neutralité tout court ou de neutralité absolue¹¹³ ». La difficulté à demeurer passif dans le processus de connaissance se renforce lorsque l'on prend pour objet des phénomènes normatifs. Kelsen nous parle de

ce jugement de valeur subjectif, qui exprime la relation entre deux faits réels – un objet réel et la réaction émotionnelle réelle d'un ou plusieurs hommes à cet objet – n'est pas un jugement différent du jugement de réalité ; il est seulement un type *spécial* de jugement de réalité opposé à un jugement de valeur objectif. En effet, ce dernier exprime la relation entre un comportement humain et une norme supposée valable, qui n'a pas d'existence réelle, mais seulement une existence *idéelle*, sa validité¹¹⁴.

Ainsi, si le jugement de valeur subjectif trouve son origine dans une réaction émotionnelle, l'objectivité du discours portant sur les valeurs présuppose la reconnaissance d'une norme. Pour Kelsen, une telle norme ne peut qu'être formelle puisque, en conformité avec le relativisme axiologique, toute référence à un *contenu* normatif constitue un jugement de valeur subjectif. La construction des phénomènes juridiques en objet de la connaissance suppose alors qu'ils soient constitués en un tout intelligible et forment un *système* lorsqu'ils sont rapportés à un fondement ultime de validité. Par conséquent,

La connaissance ne peut jouer un rôle purement *passif* vis-à-vis de ses objets, elle ne peut se contenter de *refléter* les choses données en soi d'une façon ou d'une autre, c'est-à-dire existant dans une sphère transcendante ; elle doit jouer vis-à-vis de ces choses un rôle *actif, créatif*, dès lors que leur existence transcendante, c'est-à-dire indépendante de la connaissance, n'est plus supposée. C'est la *connaissance elle-même qui crée ses objets d'après ses lois immanentes, à partir du matériel qui lui est donné par les sens*. Ce caractère de loi (*Gesetzlichkeit*) de la connaissance garantit la validité objective de ses résultats. Toutefois, les jugements de Sein à travers lesquels s'exprime la connaissance ne prétendent plus à une vérité *absolue*, car ils ne peuvent plus se référer à l'absolu d'une sphère transcendante¹¹⁵.

Enfin, il s'agira de montrer que la prétention de Kelsen à fonder un jugement de *Sollen* objectif, à travers l'idée d'une norme fondamentale, suscite quelques remarques. Il indique :

D'une façon générale, il faut souligner le fait que le sens du matériel créé selon une procédure de création du droit, ne se manifeste que par le biais de l'interprétation, qui s'appuie en fin de compte sur la norme fondamentale présupposée. Et ce sens, qui est en un sens *objectif*, créé par la connaissance juridique, peut tout à fait s'écarter du sens subjectif que les actes à interpréter présentent eux-mêmes¹¹⁶.

Kelsen distingue alors deux niveaux de discours : celui du droit qui est prescriptif et celui de la science du droit qui est descriptif. Si, pour Kelsen, le

¹¹³ *Ibid.*, p. 25.

¹¹⁴ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 75-76.

¹¹⁵ *Id.*, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 481.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 450. Voir aussi *Id.*, *Théorie pure du droit*, p. 202 : « Cette norme fondamentale a donc pour fonction de fonder la validité objective d'un ordre juridique positif [...] ; sa fonction est d'asseoir l'interprétation de la signification subjective de ces actes comme leur signification objective également. » La suite de la démonstration va en ce sens en reposant sur l'analogie de la norme fondamentale et de Dieu.

premier type de discours trouve son origine dans une volonté humaine ou divine¹¹⁷, le second est conditionné par un principe fondateur dont la nature est imprécise.

B. L'objectivité conditionnelle de la prescription

Puisqu'il rejette l'hypothèse théologique, Kelsen revendique que le droit naturel n'est qu'une justification *a posteriori* des intérêts particuliers des auteurs, qu'il est hautement idéologique. Pourtant, il prétend pouvoir fonder un discours objectif portant sur des normes à partir d'une hypothèse, d'une norme fondamentale conférant à certains faits une signification juridique. Or, l'objectivité des jugements de valeur est conditionnée par la reconnaissance de la validité d'une norme *présupposée*. Par ailleurs, le caractère *conditionnel* d'un tel fondement est, pour Kelsen, gage d'objectivité :

Un point essentiel de ma théorie de la norme fondamentale [...] est qu'il n'est pas nécessaire de supposer la norme fondamentale, que c'est seulement *si* on la suppose que l'on peut considérer un ordre coercitif généralement efficace comme un système de *normes* objectivement *valides*¹¹⁸.

1. Le caractère hypothétique du fondement de validité normative

La valeur juridique du droit positif est donc présupposée de façon hypothétique par la *Grundnorm*. Toutefois, s'il qualifie à l'origine cette norme d'hypothèse logico-transcendantale empêchant la régression à l'infini du fondement de validité de l'ordre juridique, Kelsen reviendra sur cette conception pour privilégier l'approche du « comme si » de Vaihinger :

Le but de la pensée de la norme fondamentale est le fondement de la validité des normes constituant un ordre moral ou juridique positif, c'est-à-dire l'interprétation de la signification subjective des actes posant ces normes comme leur signification objective (c'est-à-dire comme des normes valides) et les actes concernés comme des actes posant des normes. Ce but ne peut être atteint que par la voie d'une fiction. C'est pourquoi il convient de remarquer que la norme fondamentale, au sens de la « philosophie du comme si » de Vaihinger, n'est pas une hypothèse — comme je l'ai moi-même quelquefois caractérisée —, mais une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme¹¹⁹.

Ainsi,

l'influence de la théorie de la fiction sur Kelsen lui vient de la philosophie du « comme si » de Hans Vaihinger. Considérant la réalité comme inconnaissable, en raison de la contradiction dans laquelle sont les éléments de la nature, Vaihinger de l'appréhender à travers une chaîne de fictions se modifiant en fonction des besoins de la vie. La fiction donc serait créatrice de la réalité en ce qu'elle fournit des moyens utiles à l'action¹²⁰.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 445 : « [le positivisme] part du principe que les normes sont posées par une volonté humaine ; on ne peut donc l'appliquer qu'avec prudence au système du droit naturel, en tant qu'il est créé, par exemple, par la volonté de Dieu, et en étant conscient du caractère purement analogique, si l'on ne veut pas autrement commettre par mégarde une falsification ou une édulcoration de l'idée pure du droit naturel. »

¹¹⁸ H. KELSEN, « Professor Stone and the Pure Theory of Law », *Stanford Law Review*, vol. 17, n° 6, 1965, p. 1143 (souligné dans l'original). Voir aussi *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 203 sq.

¹¹⁹ *Id.*, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 344-345.

¹²⁰ S. F. ACKA, *Droit et science dans la pensée de Hans Kelsen (contribution à la théorie pure du droit)*, thèse de doctorat, dirigée par S. Goyard-Fabre, Université de Caen, 1989, p. 51.

Kelsen pose le problème de la façon suivante : « Pourquoi interprétons-nous les actes par lesquels le droit positif est créé comme ayant non seulement la signification subjective mais aussi la signification objective de normes obligatoires¹²¹ ? », auquel il répond : « la norme à laquelle nous devons obéir [...] doit être présupposée comme une hypothèse¹²². »

De la même manière que la causalité n'est pas inhérente aux objets (sauf selon l'entéléchie) mais concerne la relation entre deux faits, la valeur exprime une relation de conformité à une norme. Dès lors, « le *Sollen* du droit positif ne peut jamais être qu'hypothétique¹²³ ». En effet, la valeur n'est pas immanente à la réalité puisqu'il faut présupposer une norme valide pour la constater objectivement — et non subjectivement c'est-à-dire à travers une réaction émotionnelle. Ainsi, la valeur juridique est relative et conditionnée par la présupposition d'une norme fondamentale. La science normative décrit son objet par l'imputation mais ne produit un discours objectif que dans la mesure où elle se rapporte à une norme présupposée. Or, cette présupposition est en elle-même déjà un jugement de valeur puisqu'elle suppose l'existence d'une *volonté* (humaine ou divine) qui pose la norme¹²⁴ mais aussi la reconnaissance de l'autorité qui la pose comme étant compétente.

De plus, Kelsen établit qu'une telle norme présupposée n'est pas positive, qu'elle n'a qu'une portée cognitive : elle est « une norme *pensée* comme hypothèse, lorsque l'on interprète un ordre de contrainte somme toute efficace comme un système de normes juridiquement valides¹²⁵ ». Toutefois, il est intéressant de noter que si Kelsen prétend qu'il « n'est pas du rôle de la science du droit de légitimer le droit ; il ne lui appartient absolument pas de justifier l'ordre normatif¹²⁶ », il annonce pourtant qu'avec la norme fondamentale,

il s'agit de *justifier* le fait de reconnaître qu'un certain acte constituant et des actes posés conformément à la Constitution qu'il prétend établir ont la signification objective qui correspond à leur signification subjective ; il s'agit de *justifier* la reconnaissance au contenu de ces actes du caractère de normes objectivement valables, qui entrainera pour les rapports fondés par ces normes le caractère de rapports de droit¹²⁷.

Aussi, rappelons que le droit, en tant qu'expression de valeurs, de désirs et de craintes, n'est pas une propriété des faits mais un mode d'interprétation de ces

¹²¹ H. KELSEN, « Why Should the Law be Obeyed? », *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, op. cit., p. 257 : « Why do we interpret the acts by which positive law is created as having not only the subjective but also the objective meaning of bidding norms? »

¹²² *Ibid.*, p. 262 : « the norm that we ought to obey [...] must be presupposed as a hypothesis ». Il développe par la suite : « this presupposition is not a product of free imagination; for it refers to objectively ascertainable facts: the establishment of a constitution and the acts which on the basis of this constitution create and apply the general and individual norms of coercive order. It legitimizes the subjective meaning of these acts as their objective significance. » Voir aussi *Id.*, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 220.

¹²³ *Id.*, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 440.

¹²⁴ *Id.*, « Value Judgments in the Science of Law » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, op. cit., p. 215 : « Let us assume that the norm-creating act is an act of will. Then the statement that a valid norm is created by such an act means that men ought to behave in a certain way if certain individuals have expressed a will directed to this behavior. »

¹²⁵ *Id.*, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 203, je souligne.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 76.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 201, je souligne.

derniers, ce qui nécessite de faire *comme si* il était dissocié de la nature pour pouvoir le constituer en objet de la connaissance sans briser l'impossibilité logique du passage de l'être au devoir-être. Toutefois,

contrairement à Vaihinger, Kelsen n'entend nullement supprimer ou encore corriger l'expédient fictionnel qui lui a permis d'atteindre son résultat, la norme fondamentale étant selon lui une condition indispensable et définitive de fondation du droit positif comme "construction échelonnée" (*Stufenbau*) et cohérente de normes. La position de Kelsen est problématique car elle entre apparemment en contradiction avec la méthode vaihingerienne de correction des fictions, qui définit l'usage *légitime* des fictions théoriques¹²⁸.

Le dualisme de la nature et de la société peut alors apparaître comme une étape nécessaire mais insuffisante pour appréhender le phénomène juridique. Cela s'explique notamment par le fait que l'objectivité de la signification attribuée au vouloir pour le constituer en norme n'est pas *directement* démontrable :

Une importante distinction entre la vérité d'un énoncé et la validité d'une norme est que la vérité d'un énoncé est vérifiable — c'est-à-dire qu'il doit nécessairement être prouvé comme vrai ou faux — alors que la validité d'une norme n'est pas vérifiable. La validité d'une norme n'est pas vérifiable parce qu'elle est son existence spécifique et donc qu'elle ne peut pas davantage être vraie ou fausse que peut l'être l'existence d'un fait. Seule la vérité d'un énoncé sur l'existence d'un fait est vérifiable, car vérifier ou certifier signifie prouver la *vérité*¹²⁹.

Ainsi « la proposition de droit — ce que Kelsen appelle le *sollen* descriptif — dit en effet ce que prescrit la norme, en sorte que son contenu n'est pas moins métaphysique que le contenu, ni vérifiable ni falsifiable, de celle-ci. Pragmatiquement empirique, la proposition de droit est sémantiquement métaphysique¹³⁰ ». Il semble en effet que, « en prétendant connaître l'identité formelle du droit, Kelsen tient de Kant la conviction idéaliste qu'il existe, parallèlement au monde sensible des faits, l'univers intelligible des concepts que la raison est à même de saisir de manière *a priori* et transcendante¹³¹ ».

¹²⁸ C. BOURIAU, *Les fictions du droit. Kelsen, lecteur de Vaihinger*, Lyon, ENS Éditions, 2013, p. 40.

¹²⁹ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 241.

¹³⁰ A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », art. cité, p. 115. Il ajoute : « En effet, pour les philosophes du Cercle de Vienne, les énoncés métaphysiques étaient réputés insignifiants en tant qu'ils portent sur des choses qui, dépassant les limites de l'expérience, rendent ces énoncés ni vrais ni faux. »

¹³¹ *Id.*, « Kelsen et l'héritage kantien », art. cité, p. 99-100.

La redéfinition de la *Grundnorm* d'hypothèse logico-transcendantale à simple fiction est en ce sens très profonde : ce n'est que si l'on présuppose la *Grundnorm* que l'on peut considérer le droit comme un ordre social spécifique, un ordre normatif légitime. La validité apparaît donc comme une construction sociale *relative* et la *Grundnorm* comme un ensemble de principes partagés par les juristes :

Si le système de normes juridiques positives reposant sur la norme fondamentale doit constituer un tout présentant une signification, une construction intelligible, un objet possible de la connaissance — ce qui doit être supposé du point de vue d'une science du droit qui veut comprendre son objet et recourt à l'hypothèse d'une norme fondamentale justement dans cette intention —, la norme fondamentale dit alors elle-même offrir la garantie d'intelligibilité. Sa tâche n'est certes pas de fonder un ordre *juste*, mais elle doit fonder un ordre *intelligible*. À l'aide de la norme fondamentale, le matériel juridique créé par règlement (*Satzung*) doit pouvoir être compris comme un tout présentant un sens, c'est-à-dire aussi être interprété conformément à la raison¹³².

Lorsque la *Grundnorm* n'est pas présupposée, quand les relations interindividuelles sont interprétées causalement — « comme des relations de force, comme des relations entre des individus qui commandent et des individus qui obéissent... ou qui n'obéissent pas¹³³ » —, le droit peut être réduit à l'activité des juristes (qui présupposent la *Grundnorm* comme une fiction donnant un sens à leur activité). En effet, en se demandant quelle est la signification des jugements de valeur juridiques (selon le modèle licite-illicite), Kelsen dit : « on ne peut répondre à cette question qu'en analysant ce que ceux qui sont concernés par le droit — législateurs, juges, avocats, parties à des procès et juristes théoriciens — entendent réellement lorsqu'ils portent de tels jugements¹³⁴. » De cette façon seulement nous pouvons maintenir la posture relativiste affirmée par Kelsen. « Ainsi, dès la *Théorie pure du droit*, la théorie de la norme fondamentale se présente non pas comme la construction d'une fiction, mais comme la mise en évidence du mode de raisonnement effectif des juristes et la révélation qu'il repose sur une fiction¹³⁵. »

En rejetant cette norme fondamentale comme étant un *a priori* logique présupposé au profit de l'idée qu'elle se réfère au phénomène social d'apprentissage des principes basiques du droit lui donnant sa cohérence systémique (tels que *lex posterior derogate priori* etc.), nous nions toute valeur *inhérente* à l'ordre juridique, à l'inverse de Kelsen¹³⁶. L'étude de la validité apparaît alors comme une construction sociale *relative* et la *Grundnorm* un ensemble de

¹³² H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 448. Voir aussi *Id.*, « Absolutism and relativism », art. cité, p. 200.

¹³³ *Id.*, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 221.

¹³⁴ *Id.*, « Value Judgments in the Science of Law », art. cité, p. 210 : « the question can be answered only by an analysis of what those who are concerned with law — legislators, judges, lawyers, parties in laws suits, and theoretical jurists — actually mean when making such judgments. »

¹³⁵ M. TROPER, « La norme fondamentale. Une reconstruction réaliste », in T. HOCHMANN, X. MAGNON et R. PONSARD, *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 282. Voir en ce sens H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 205 : « elle ne fait qu'amener à la pleine conscience ce que tous les juristes font, le plus souvent sans s'en rendre compte. »

¹³⁶ H. KELSEN, « Why Should the Law be Obeyed? », art. cité, p. 263 : « The validity for which the basic norm of legal positivism furnishes the reason is the inherent validity of the positive law, whereas the validity for which the basic norm of the natural-law doctrine or that of Christian theology furnishes the reason, is the validity of a natural or a divine order. »

principes partagés par les juristes¹³⁷. Cette validité demeure toutefois conditionnée par l'efficacité du système juridique observé. Il s'agira donc à présent de défendre qu'une appréhension causale de la norme, en tant qu'elle est le moyen de parvenir à certaines fins sociales, peut répondre aux exigences épistémologiques définies par Kelsen et auxquelles il ne répond pas de façon satisfaisante dès lors que l'on rompt avec son présupposé dualiste.

2. Le caractère objectif de la relation causale entre fins et moyens

La perspective de Kelsen sur la science et l'objectivité l'amène à rejeter l'interprétation sociale de la nature autant que l'interprétation causale de la société. Cette différenciation est exprimée de manière hypothétique et peut s'expliquer de deux manières : soit Kelsen adopte la vision de Kant sur les normes et les considère comme une substance spécifique différente des faits (et risque ainsi de tomber dans la métaphysique) ; soit, l'acte de volonté (lui-même potentiellement déterminé) sur lequel repose la différence entre les faits et les normes n'est que le signe d'une intervention humaine *au sein* de la nature, ce qui est compatible avec une ontologie moniste.

Notons que la différence entre les sciences de la nature et les sciences de l'esprit, les sciences sociales, n'est pas chez Kelsen une différence de nature mais de degré¹³⁸. Il précise :

Il n'y a pas de différence essentielle entre les lois naturelles et les lois sociales, c'est-à-dire entre les lois qui déterminent la nature et les lois qui déterminent la société, dès que la loi naturelle elle-même renonce à sa prétention à la nécessité absolue et se contente d'être une affirmation de probabilité statistique¹³⁹.

Autrement dit,

Si l'on admet que le rapport de cause à effet ne représente pas une nécessité absolue, mais une simple vraisemblance, et que l'essence de la causalité consiste dans la possibilité de prévoir des événements futurs, alors il semble que les lois juridiques ne se distinguent absolument pas des lois de la nature, et que par suite elles doivent être formulées comme des propositions indicatives et non comme des propositions impératives¹⁴⁰.

¹³⁷ *Id.*, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 452 : « Les principes d'interprétation ne tend[ent] qu'à permettre d'interpréter de façon intelligible le matériel juridique positif, en tenant compte du principe de contradiction à l'intérieur de la sphère normative ; la plupart du temps, ce ne sont pas des propositions de droit positif, ni des normes juridiques, mais des *présupposés* de la connaissance juridique, c'est-à-dire que ces principes sont contenus dans la norme fondamentale qui garantit précisément par là même l'unité des normes juridiques positives comme unité d'un système, sinon nécessairement *juste*, du moins *intelligible*, et par conséquent, garantit en somme ce complexe de normes comme *ordre*. »

¹³⁸ *Id.*, « Causality and Imputation », art. cité, p. 330 : « Psychology, ethnology, history, and sociology are sciences which deal with human behavior as it actually takes place or, what amounts to the same, with human behaviour as an element of nature as a causal order. [...] The difference between them and the natural sciences not dealing with human behavior is only a difference of degree of precision, not a difference in principle. »

¹³⁹ *Id.*, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 266 : « no essential difference between natural and social laws, i.e., between the laws determining nature and the laws determining society, exists as soon as the natural law itself relinquishes its claim to absolute necessity and satisfies itself with being an assertion of statistical probability. »

¹⁴⁰ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 95.

En apparence, Kelsen déduit logiquement de l'hypothèse que ces deux types de loi, parce qu'elles exercent la même fonction, *doivent* être exprimées au même mode, ce qui peut apparaître douteux. Il ajoute immédiatement : « de même que les lois naturelles prévoient comment la nature se comportera dans l'avenir, les lois juridiques prévoient comment la société (ou l'État) se conduira dans le futur. »

C'est parce que les comportements humains sont extrêmement difficiles à cerner et anticiper qu'a émergé la loi positive : elle permet d'apaiser les conflits, de sortir de « l'état de nature ». En effet, parce qu'elles paraissent imprévisibles — la recherche consistant à expliquer les déterminismes humains étant compromise par la croyance au libre arbitre —, les conduites humaines ont été régulées par des normes, dont la dimension prescriptive et les sanctions qui y sont attachées permettent de se projeter dans l'avenir : c'est la condition d'efficacité. L'imputation d'une sanction apparaît comme un instrument de prévision puisque l'on considère que cela dissuadera les individus d'agir de la sorte.

Par ailleurs, il énonce que :

La prétention du « devoir-être » a une signification complètement différente de celle de « l'être », c'est-à-dire la prétention de la norme à être une loi de la société différente et indépendante de la loi de causalité comme loi de la nature, est caractérisée par certains théoriciens comme une simple « idéologie » derrière laquelle se cachent les intérêts les plus concrets des individus et des groupes. Si ces individus et ces groupes arrivent au pouvoir, ils représentent leurs intérêts sous forme de « normes ». Le dualisme de la nature et de la société est remplacé par celui de la réalité et de l'idéologie. Pour la sociologie moderne, un événement social apparaît comme une partie de la réalité, déterminée par les mêmes lois qu'un événement naturel¹⁴¹.

En effet, parce qu'il associe une sanction à un comportement, l'ordre juridique est définissable comme une contrainte ayant pour but d'organiser les relations sociales¹⁴². Une telle contrainte peut être imposée par une autorité revendiquant un Bien absolu — dans un régime autocratique qui s'appuie sur des arguments transcendants et une autorité divinisée, où elle peut faire l'objet d'un consensus entre les individus soumis à elle dans un régime démocratique. Dans la théorie politique de Kelsen, la démocratie garantit un certain équilibre social par le fait qu'elle permette, à un certain niveau, l'entente mutuelle des individus en minimisant leurs désaccords à l'aide d'un compromis :

Ceux qui ne s'appuient que sur des vérités terrestres, ceux pour qui seul l'esprit humain assigne les fins sociales, ceux-là ne peuvent guère justifier l'emploi inévitable de la contrainte pour leur réalisation autrement que par le consentement d'au moins la majorité des individus dont l'ordre social doit assurer le bonheur¹⁴³.

¹⁴¹ *Id.*, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 266 : « The claim of the “ought” to a meaning completely different from the “is”, that is to say, the claim of the norm to be a law of society different from and independent of the law of causality as the law of nature, is characterised by certain theorists as mere “ideology” behind which most concrete interests of individuals and groups are concealed. If these individuals and groups come into power, they represent their interests as “norms”. The dualism of nature and society is replaced by that of reality and ideology. For modern sociology a social event appears as part of reality, determined by the same laws as a natural event. »

¹⁴² *Id.*, « Science and Politics », art. cité, p. 372 : « there is no legal instrument which has not an extralegal purpose, because the law, seen from a teleological point of view, is always a mean and not an end. »

¹⁴³ *Id.*, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, *op. cit.*, p. 114.

Cela rappelle la théorie utilitariste développée par Bentham dont la déontologie est par ailleurs critiquée au même titre que les théories évoquées dans cet article¹⁴⁴. Cette doctrine conséquentialiste juge du caractère bon ou mauvais d'une action en fonction du plaisir qu'elle apporte à chacun. Elle identifie donc de façon hédoniste quels sont les comportements à adopter et prescrit ce qu'est le Bien en conformité. Or, Kelsen estime que « la science ne peut pas déterminer les fins [absolues]¹⁴⁵ » et encore moins celles déterminant comment atteindre le bonheur puisqu'il s'agit là d'une donnée hautement subjective¹⁴⁶. Toutefois, une interprétation hypothétique du principe d'utilité permet, semble-t-il, de parer cette critique :

Il ne semble y avoir aucun passage logique entre les deux aspects du principe d'utilité, et par là même aucune violation de la loi de Hume. Il s'agit seulement de partir d'une connaissance scientifique de la réalité pour pouvoir la réformer selon ses préférences éthiques. [...] si l'on estime souhaitable que le gouvernement vise le plus grand bonheur du plus grand nombre, alors on doit agir de telle et telle manière sur les déterminants du comportement humain¹⁴⁷.

Le discours scientifique *doit* en effet se préserver de tout jugement de valeur pour prétendre être objectif. Ce prérequis s'avère d'autant plus compliqué à respecter lorsque l'on tente de décrire des valeurs. La séparation entre *Sein* et *Sollen* œuvre en ce sens mais Kelsen tend à lui attribuer un caractère ontologique. Il adhère toutefois à l'idée selon laquelle, si l'on considère cette volonté comme le vouloir d'une fin, l'indication du bon moyen d'y parvenir peut prétendre être descriptive. Par exemple, si l'on *veut* faire bouillir de l'eau, on *doit* la porter à 100°C. Cette affirmation liant le vouloir au devoir est objective et vérifiable. Le choix du bon moyen n'est donc pas ici un jugement de valeur, une assertion morale concernant l'adéquation à une norme, mais une réponse hypothétique, démontrable par l'expérience (*i.e.* la causalité), à un problème politique :

Un jugement qui affirme qu'une chose est le moyen approprié d'atteindre un but présumé n'est pas un véritable jugement de valeur ; c'est, comme nous l'avons noté, un jugement relatif à la relation de cause à effet et, à ce titre, un jugement de réalité¹⁴⁸.

En d'autres termes, « le droit est un moyen social spécifique, pas une finalité¹⁴⁹ », il n'est *intrinsèquement* ni bon ni mauvais. Cette technique sociale s'appuie sur le monopole de l'usage de la force comme démontré par M. Weber, cet usage étant rationalisé par les garanties procédurales : c'est la légitimité légal-rationnelle. Pour Kelsen, « l'ordre juridique, en attachant une sanction à cette conduite [qu'il faut éviter], et en la qualifiant ainsi de délit, cherche à induire la

¹⁴⁴ *Id.*, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 90-92.

¹⁴⁵ *Id.*, « Science and Politics », art. cité, p. 352 : « for [science] cannot determine the ends. »

¹⁴⁶ *Id.*, *Qu'est-ce que la justice ?*, *op. cit.*, p. 34-35.

¹⁴⁷ G. TUSSEAU, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, 13, p. 420-421.

¹⁴⁸ H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁹ H. KELSEN, « The Law as a Specific Social Technique » in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, *op. cit.*, p. 236 : « law is a specific social means, not an end. » Il ajoute : « force is employed to prevent the employment of force », ce qui est conforme avec l'idée de Bentham selon laquelle « toute loi est un mal, car toute loi est une infraction de la liberté ; mais, je le répète, le Gouvernement n'a que le choix des maux. En faisant ce choix, il doit assurer deux choses : 1° que, les incidents qu'il s'efforce de prévenir sont réellement des maux, et 2° que ces maux sont plus grands que ceux qu'il emploie pour les prévenir. » dans *Traité de législation civile et pénale*, Genève, Dumont, p. 87.

conduite opposée¹⁵⁰ ». Un tel argument est également présent dans le positivisme juridique de Bentham¹⁵¹. De plus, précisons qu'il ne suffit pas de vouloir les fins pour vouloir les moyens¹⁵². En effet, puisque le passage des faits aux valeurs est conditionné par un acte de volonté, il n'est pas logique. Ainsi, celui qui revendique un discours scientifique doit se contenter de proposer des solutions probables mais ne peut aucunement prendre de *décision* quant aux fins à poursuivre. Kelsen précise que la science du politique « doit se limiter à vérifier que l'établissement et le maintien des différents systèmes politiques présupposent des valeurs différentes comme fins ultimes¹⁵³ ».

De fait, « la science ne peut pas déterminer les fins [absolues]¹⁵⁴ ». Il conviendrait donc de défendre ici que, si les fins sont relatives — ce qui suppose la participation démocratique des individus à leur choix —, les moyens d'y parvenir sont objectifs — c'est-à-dire causalement déterminés et observables par l'expérience. Toutefois, la décision politique suppose un *vouloir*, tant des fins que des moyens puisque les jugements concernant les fins sociales sont conditionnés par le vouloir d'une fin supérieure — le libéralisme économique est un moyen d'assurer la liberté individuelle et le socialisme l'égalité. Nous pourrions objecter que la liberté individuelle et l'égalité peuvent apparaître comme des moyens en vue d'une fin plus générale qu'est le bonheur¹⁵⁵.

CONCLUSION

La métaphore du tribunal, investie par Kelsen et déjà présente chez Kant dans la *Critique de la raison pure*, opère un parallélisme entre les jugements judiciaire et scientifique. La méthode déductive permet de constituer rationnellement le fondement des preuves transcendantales. Kelsen établit deux grilles de lecture du monde ayant respectivement une cohérence interne : le droit naturel, l'absolutisme et la métaphysique d'une part, le positivisme, le relativisme et l'empirisme d'autre part. Selon le présupposé auquel on adhère, ces deux discours sont également défendables. Dans une perspective empiriste, le droit naturel serait cet excédant entre droit positif (caractérisé par la sanction) et morale (reposant sur l'intime conviction). Cependant, au-delà du caractère substantif des fins à poursuivre, ce

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 244 : « the legal order, by attaching a sanction to this conduct [that should be avoided], and thus characterising it as delict, seeks to induce the opposite conduct. »

¹⁵¹ J. BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, Londres, R. Heward, 1830, p. 21 : « That punishment, which, considered in itself, appeared base and repugnant to all generous sentiments, is elevated to the first rank of benefits, when it is regarded not as an act of wrath or of vengeance against a guilty or unfortunate individual who has given way to mischievous inclinations, but as an indispensable sacrifice to the common safety. »

¹⁵² H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, chap. 4.

¹⁵³ *Id.*, « Science and Politics », *art. cité*, p. 356 : « he [the political scientist] has to restrict himself to ascertaining the fact that the establishment and maintenance of the different political systems presupposes different values as ultimate ends [...]. In describing the systems, he himself must not presuppose the one or the other of these values [...]. Then it is no science at all but a political ideology. »

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 352 : « for [science] cannot determine the ends. »

¹⁵⁵ *Id.*, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, *op. cit.*, p. 114 : « Ceux qui ne s'appuient que sur des vérités terrestres, ceux pour qui seul l'esprit humain assigne les fins sociales, ceux-là ne peuvent guère justifier l'emploi inévitable de la contrainte pour leur réalisation autrement que par le consentement d'au moins la majorité des individus dont l'ordre social doit assurer le bonheur. »

vers quoi tend la norme, il apparaît aussi, à la fois, comme leur fondement en tant qu'il touche à la *forme* normative. Demeure la question du comment.

L'absolutisme, qui produit un discours finaliste, semble contraire aux critères modernes de la science puisqu'il véhicule l'idée d'une valeur intrinsèque à la norme. Le relativisme laisse pour sa part place à la critique. En ce sens, la *retribution*, exprimée par l'imputation, s'apparente à un moyen qui vise à concilier la relativité des fins à poursuivre. Le discours objectif portant sur elle ne peut qu'être conditionné par l'adéquation du moyen employé à la fin poursuivie, ce qui est exprimé par la causalité. Ainsi, la norme ne vise pas à rétablir un équilibre *a priori* mais à orienter les conduites, à conditionner les comportements, pour le futur. Là où l'éthique « des anciens » avait une perspective religieuse de salut de l'âme, la morale bourgeoise vise le bonheur terrestre des hommes. Autrement dit, « ce qui se joue là est aussi un passage du gouvernement des consciences au gouvernement des conduites¹⁵⁶ ». La science moderne, quant à elle, ne peut reposer que sur l'expérience, permettant à un référent interchangeable d'observer des récurrences et, dans une perspective instrumentale et conséquentialiste, d'en extraire des lois permettant de prévoir les phénomènes futurs.

Les théories jusnaturalistes, parce qu'elles appréhendent le droit comme un fait, semblent ne pas distinguer le savoir du vouloir, ce qui mène à des prescriptions déguisées, à une violation de la guillotine de Hume. Pour Kelsen, ces auteurs laissent entrevoir leurs jugements de valeur et prescrivent la façon dont ils voudraient que les choses soient plutôt que de les décrire telles qu'elles sont. En attribuant une fin ultime aux choses, le sujet projette sur le réel ses désirs et ses craintes. Cette confusion entre le *Sein* et le *Sollen* est dépassée par l'émergence de la causalité et de la distinction entre nature et société. Aussi,

conformément au relativisme axiologique, cette distinction présuppose de réfuter “les conceptions du monde métaphysico-religieuses”, pour qui “la connexion de la cause et de l'effet est l'œuvre de la volonté du créateur divin. Par suite, les lois naturelles aussi décrivent des normes où s'exprime la volonté de Dieu, des normes qui prescrivent à la nature une certaine conduite. Et en conséquence, une théorie métaphysique du droit croit pouvoir trouver dans la nature un droit naturel¹⁵⁷”.

Ces deux moments permettent à Kelsen de faire émerger le principe d'imputation qui, exerçant une fonction analogue à la causalité en tant qu'elles sont des lois donnant un sens au chaos des perceptions sensorielles¹⁵⁸, fonde la science normative.

Le juriste autrichien soutient qu'il existe deux moyens de tenir un discours rationnel sur le droit : en déduisant les normes de la volonté divine, il s'agit du discours métaphysique mais cohérent du droit naturel, ou en les déduisant d'une norme hypothétique qui confère à l'ordre juridique sa validité. Dans ces deux cas, le devoir apparaît comme le fruit d'une volonté, humaine ou divine : « si les normes ne sont pas établies par des êtres humains, elles peuvent être établies par un autre être doué de raison et de volonté¹⁵⁹. » Le droit naturel fournit donc une explication

¹⁵⁶ D. BARANGER, *Penser la loi — Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 119.

¹⁵⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 106, cité in P. M. RAYNAL, *De la Fiction Constitutive, Contribution à la théorie du droit politique*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 65, note 188.

¹⁵⁸ H. KELSEN, « Absolutism and Relativism », art. cité, p. 200.

¹⁵⁹ *Id.*, « A “Dynamic” Theory of Natural Law », art. cité, p. 180 : « if they [norms] are not made by human beings they must be made by another being endowed with reason and will. »

métaphysique présupposant un Bien absolu *a priori* — que l'on constate par le caractère *catégorique* et quasi fataliste d'une telle conception de la rétribution — tandis que le positivisme juridique se définit comme une entreprise « empirico-scientifique » qui ne voit dans le vouloir que l'expression de craintes et désirs. En constatant que certains auteurs tirent des conclusions différentes de mêmes principes, Kelsen rejette le fait que les normes soient objectives et prétend que

[La théorie pure du droit] ne recherche pas le droit parfait, mais le droit réel et possible. C'est en ce sens une théorie fondamentalement réaliste et empirique. Elle se refuse à porter un jugement sur le droit positif. Une théorie peut toutefois donner une appréciation fondée sur l'expérience : seul a des chances d'être durable un ordre juridique qui ne privilégie pas les intérêts d'un seul aux dépens d'un autre mais qui trouve un compromis entre les intérêts conflictuels de façon à minimiser les frictions éventuelles¹⁶⁰.

L'émergence de ce qu'il appelle les méthodes scientifico-causales vient toutefois nuancer l'approche déductive qu'il emploie. Si les normes sont la signification d'un acte de volonté, leur attribuer une objectivité en vertu du simple fait que leur validité est présupposée pose des difficultés. Puisque la science du droit se refuse à employer la causalité, le grossier manque d'expérience et le caractère non vérifiable de la signification objective de la norme jouent à son encontre, l'induction manque à l'appel. Face au tribunal de la science, le normativisme *pur* est en quelque sorte aussi coupable que le jusnaturalisme puisqu'ils exercent la même fonction que la théologie : une fonction dogmatique consistant à construire le fondement de l'*unité* normative d'une autorité donnée, l'Église ou l'État¹⁶¹. La seule déduction ne suffit pas à justifier l'utilité de la fiction, elle ne la fonde pas *elle-même*. Toutefois, son caractère hypothétique l'exempte de sa condamnation.

La doctrine selon laquelle une norme juridique n'a en réalité qu'une seule signification et qu'il existe une méthode scientifique nous permettant de toujours trouver ce sens unique et correct est une fiction utilisée par la philosophie du droit traditionnelle afin de maintenir l'illusion de la sécurité juridique¹⁶².

Cette dernière est justifiable : puisqu'il n'est pas possible de trouver dans la nature des normes indiquant comment les humains doivent se comporter, ces derniers établissent volontairement des normes arbitraires prévoyant leurs conduites réciproques. Ce caractère prévisible de la loi est ce qui unit la loi naturelle et la loi normative (juridique ou religieuse). Toutefois, la loi normative présuppose, pour être *efficace*, la croyance du sujet qu'elle conditionne en la fiction qu'elle véhicule. À l'inverse, la loi naturelle opère sans intervention humaine, sans appel à l'*imagination*.

Une autre fiction est à mettre en examen : la démocratie. En effet, le droit *suppose* le respect (et non l'adhésion¹⁶³) des humains vivant sur un territoire donné

¹⁶⁰ *Id.*, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶¹ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 114 : « De même que, tant qu'il existera une religion, il devra nécessairement exister une théologie dogmatique, qui ne peut pas être remplacée par une psychologie de la religion, ou par une sociologie de la religion, de même — tant qu'il existera un droit — il y aura une théorie du droit normative. »

¹⁶² *Id.*, « Science and Politics », art. cité, p. 367 : « The doctrine that a legal norm has actually only one meaning and that there is a scientific method which enables us always to find this single correct meaning of it, is a fiction used by traditional jurisprudence in order to maintain the illusion of legal security. »

¹⁶³ *Id.*, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 239 : « Si l'ordre juridique était réellement l'expression d'intérêts communs à tous, si l'ordre était en parfaite harmonie avec les vœux de tous les individus sujets de l'ordre, alors il pourrait compter sur l'obéissance volontaire de tous

aux normes qui organisent cet État érigé par un processus historique d'établissement des frontières ; autrement dit, il suppose la reconnaissance de sa *validité*. Ainsi seulement « une pluralité d'individus forment un groupe, une association, seulement lorsqu'ils sont organisés, lorsque chaque individu remplit une fonction spécifique relativement aux autres. Ils sont organisés quand leur conduite réciproque est régie par un ordre, un système de normes¹⁶⁴ ». L'unité juridique de l'État repose uniquement sur la soumission des individus qui le composent à un même ordre juridique. Pour assurer le respect de ces normes, l'État peut miser sur l'adhésion des membres qui le composent ou sur la peur de la sanction. Dès lors que l'organisation politique ne met en avant qu'un unique point de vue, une finalité absolue, la pluralité d'opinion est mise en danger et l'État adopte une forme autoritaire.

Pour Kelsen, « il y a une tendance évidente à poser cet *esprit du peuple* comme une réalité psychique différente des psychismes individuels ; cette notion de *Volkgeist* prend ainsi le caractère métaphysique de l'esprit objectif chez Hegel¹⁶⁵ ». Dès lors, instrumentaliser des notions telles que la volonté générale et l'esprit du peuple permet à l'État d'instituer de manière autoritaire des normes qui nient l'autonomie morale — entendue comme une minimisation de l'hétéronomie — des individus. En effet, du fait de la diversité de ses membres, il est impossible qu'un unique système de valeur émerge de l'État sans heurter l'autonomie individuelle : la loi est toujours un mal chez Bentham, mais permet-elle un plus grand bien *a posteriori* ? Bien que les normes ne correspondent pas à la *somme* des volontés individuelles — et encore moins à une volonté générale transcendant les volontés particulières —, elles s'imposent à tous. Cela pose la question de la compétence de l'attribution de la signification juridique à certains comportements.

En effet, il semble incohérent de défendre à la fois l'objectivité de la signification et la subjectivité du vouloir. Le *Sollen* descriptif apparaît comme une catégorie métaphysique qu'il convient de reléguer au rang de fiction au même titre que la norme fondamentale. La démarche réaliste et empirique que Kelsen prône apparaît incompatible avec son ontologie dualiste.

Si pourtant je considère des oppositions de principe et crois devoir renoncer à toute association de l'être et du devoir-être, du contenu et de la forme en une unité supérieure qui embarrasserait les deux concepts antagonistes, je ne trouve au fond d'autre réponse honnête pour justifier mon point de vue que celle-ci : je ne suis pas moniste [...]. Aussi insatisfaisante que je puisse *ressentir* la construction dualiste de l'image du monde, dans ma *pensée*, je ne vois aucun chemin qui puisse conduire au-delà de l'insupportable scission entre moi et le monde, l'âme et le corps, le sujet et l'objet, la forme et le contenu — quels que soient les mots sous lesquels se cache l'éternelle dualité¹⁶⁶.

les sujets ; il ne lui serait pas nécessaire d'user de la contrainte ; étant parfaitement “juste”, il ne lui serait guère nécessaire de présenter le caractère de droit. »

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 150.

¹⁶⁵ S. N. SCKELL, « Le concept d'État et la psychologie sociale. Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'État », *Marília, Trans/Form/Ação*, vol. 38, n.º 1, 2015, p. 139.

¹⁶⁶ M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde, science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 196 citant H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, 1911, publié dans *Hans Kelsen Werke*, Band 2, 2008, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 54.

Il affirmera pourtant quelques décennies plus tard que « notre pensée est caractérisée par un dualisme fondamental et par notre tendance à dépasser ce dualisme pour établir une vision moniste du monde. Le dualisme se manifeste sous diverses formes. La distinction entre la société et la nature n'est que l'une d'entre elles¹⁶⁷ ». En effet, Kelsen indique que le dualisme de la société et de la nature — qui est un corollaire du dualisme du corps et de l'âme qui, lui-même, est lié à la fiction du libre arbitre comme nous l'avons évoqué — n'est pas « la dernière étape dans l'évolution de la science¹⁶⁸ ». En effet, l'analogie entre l'imputation et la causalité n'a de sens que si l'humain apparaît détaché de la nature, ce qui suppose faire de *comme si* son comportement n'était pas déterminé par la nature mais par des normes. D'un point de vue formel, les normes ne sont jamais le produit de la raison théorique mais bien plus des réactions émotionnelles, ce ne sont que des jugements de valeur « objectivés ». Cela signifie que l'imputation, en tant que principe normatif, ne peut pas *expliquer* scientifiquement le droit en tant que phénomène social, mais seulement le décrire — le constituer, selon une épistémologie constructiviste, en tant qu'objet de connaissance¹⁶⁹. Cela est utile intellectuellement mais manque de portée *pratique*, il faut intégrer l'étude du contenu de la norme pour saisir pleinement le phénomène juridique.

Il est alors possible d'imaginer une certaine dialectique dans l'évolution de la connaissance : d'un monisme normativiste, qui ne dissocie pas le *Sein* du *Sollen*, au dualisme qui va jusqu'à séparer ontologiquement ces deux domaines, s'achevant par un monisme déterministe. Le dépassement de cette contradiction permettrait de distinguer la description de la prescription sans en changer le principe scientifique applicable aux normes : la causalité. Cela n'est possible qu'en abandonnant l'illusion du libre arbitre et l'existence de normes *a priori*. La connaissance, portant sur les phénomènes naturels ou sociaux, est pratique en ce que ses lois permettent de mieux appréhender l'environnement¹⁷⁰. Il s'agirait alors de revendiquer une conception empiriste de la morale.

¹⁶⁷ H. KELSEN, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 7 : « our thinking is characterised by a fundamental dualism and by our tendency to overcome this dualism in establishing a monistic view of the world. The dualism manifests itself in various forms. The distinction between society and nature is only one of them. »

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 266 : « the dualism of nature and society is by no means the last step in the evolution of science. »

¹⁶⁹ *Id.*, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 80 : « de même que le chaos des perceptions sensibles ne devient un système doué d'unité — le cosmos, la nature — que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit de 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 devient un système — un ordre juridique — que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit. »

¹⁷⁰ H. LABORIT, *Éloge de la fuite*, Paris, Gallimard, 1976, p. 74-75 : « en réalité, ce que l'on peut appeler "liberté", c'est l'indépendance très relative que l'homme peut acquérir en découvrant, partiellement et progressivement, les lois du déterminisme universel. Tant que l'on a ignoré les lois de la gravitation, l'Homme a cru qu'il pouvait être libre de voler. Mais comme Icare il s'est écrasé au sol. [...] Lorsque les lois de la gravitation ont été connues, l'homme a pu aller sur la lune. Ce faisant, il ne s'est pas libéré des lois de la gravitation mais il a pu les utiliser à son avantage. »

Le dépassement du dualisme métaphysico-religieux de l'au-delà et de l'ici-bas, de Dieu et du monde s'accomplit lorsque l'homme, renforcé dans sa confiance à l'égard de ses propres sens et de son entendement — notamment grâce aux progrès des sciences de l'expérience — trouve le courage d'abandonner, ne pouvant le connaître, le domaine de la transcendance situé au-delà de son expérience, comme une hypothèse incontrôlable, et donc scientifiquement inféconde¹⁷¹.

Notons par ailleurs que le relativisme de Kelsen n'est pas seulement moral : il sous-tend l'entièreté de sa conception du monde, probablement influencée par Einstein, selon laquelle la force et le mouvement sont une relation plutôt qu'une propriété interne. S'il met constamment l'accent sur le relativisme axiologique, il semble plus réservé quant au relativisme de la connaissance — cela peut être lié au dualisme de la rationalité et des émotions qui est encore imprégné de l'ontologie dualiste¹⁷². La posture relativiste et critique ne conçoit l'objectivité, le vraisemblable, que du point de vue de l'adhésion à un paradigme et non au prisme d'une vérité *a priori*. L'intime conviction associée à l'habitude, constituant la causalité, peut être interprétée comme un sentiment. Il s'agit ainsi d'opérer un transfert de l'imputation, du lien entre le comportement et la sanction, « de la sphère de l'objectif à celle du subjectif, faisant ainsi d'un problème épistémologique un problème ontologique¹⁷³ ».

Il semble alors que le dualisme de l'être et du devoir-être puisse être nuancé sans toutefois être abandonné. Il semble toutefois que, lorsque l'on adopte une position moniste, cette binarité fait-valeur tombe ; c'est le cas chez Durkheim¹⁷⁴. Cela ne veut pas pour autant dire que la poursuite de l'objectivité est vaine mais seulement que les valeurs n'ont pas d'existence propre, qu'elles ne sont pas ontologiquement distinctes des faits. En effet, il est possible de maintenir qu'il existe une différence entre jugement de fait (description exprimée par la causalité) et jugement de valeur (prescription exprimée par l'imputation). La science empiriste, qu'elle prenne pour objet le phénomène juridique ou non, opère par l'expérience, tandis que le droit exprime quant à lui la rétribution.

Un discours objectif sur les valeurs, juridiques, morales ou religieuses, est possible et consiste à décrire *indirectement* les valeurs, grâce à « leurs incarnations sociales, empiriques (*i.e.* le fait qu'un acteur social se réfère dans le jeu social à telles valeurs, s'en revendique, pour agir sur le cours des événements)¹⁷⁵ ». Un tel

¹⁷¹ H. KELSEN, « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », art. cité, p. 479-480.

¹⁷² *Id.*, « Absolutism and Relativism », art. cité, p. 200 : « rational cognition of reality — in contradistinction to evaluation based on subjective emotions — has an objective character. »

¹⁷³ *Id.*, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 249-250 : « the decisive turn which Hume gave to the problem of causality was the transfer of the connection between cause and effect from the sphere of the objective to that of the subjective, thus making an epistemological problem out of an ontological one. »

¹⁷⁴ *Id.*, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, note 52 : « E. Durkheim soutient qu'il n'existe pas de différence essentielle entre jugements de valeur et jugements de réalité. [...] Durkheim ignore les valeurs subjectives. Il ne prend en considération que les valeurs objectives et ne parle pas de relation avec une norme présumée valide mais d'une relation avec un "idéal". Durkheim est conscient du fait que l'"idéal" est une réalité d'un type particulier. Mais son exposé sur la nature de cette "réalité" de l'idéal n'est pas très clair. »

¹⁷⁵ L. HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 16 : « *i.e.* le fait qu'un acteur social se réfère dans le jeu social à telles valeurs, s'en revendique, pour agir sur le cours des événements. »

dépassement apparaît souhaitable pour Kelsen qui évoque un « postulat fondamental d'unité qui vaut pour tout système de connaissance scientifique¹⁷⁶ ». Son « enquête sociologique », sous-titre de l'ouvrage *Society and Nature*, s'achève sur la phrase suivante : « après l'émancipation complète de la causalité du principe de rétribution dans la notion moderne de droit, la société est — du point de vue de la science — une partie de la nature¹⁷⁷. » Il est alors défendable que « ce qui définit l'unité de la connaissance rationnelle est qu'elle est toujours une recherche des causes¹⁷⁸ ». En effet, si les résultats scientifiques ne sont pas prouvables, que l'on peut tirer des conclusions ou des interprétations différentes de mêmes faits, principes ou énoncés, l'objectivité ne peut être revendiquée. Il s'agirait là plutôt de l'expression de valeurs subjectives. L'imputation apparaît ainsi bien plus comme un principe normatif que descriptif.

Quant à la valeur de la *Grundnorm*, l'expérience seule permet de déterminer *a posteriori* si nos fictions sont utiles, justifiées. Il a été défendu que cette hypothèse permet de circonscrire ce qui relève du droit : elle opère une différenciation au sein du monde social de ce qu'est la norme juridique en fonction de la procédure antérieurement établie. Cette régression à l'infini conduit à la Constitution, qui est un acte de volonté. L'acte de connaissance que constitue la *Grundnorm* permet d'interpréter la volonté constituante comme *légitime* si et seulement si l'on considère que la formalisation de cette volonté est utile à la société (si l'interprète n'est pas anarchiste). Elle ne s'attache pas à présupposer qu'il y a une autorité légitime *a priori* mais qu'une autorité a été légitimée par le processus juridique. Cela permet de distinguer le droit du pur exercice de la domination, de la force pour emprunter le vocabulaire de Rousseau). Présupposer la *Grundnorm* signifie donc que l'on considère le droit utile, qu'il exerce sa fonction de règlement des conflits, ce qui constitue un jugement de valeur — sauf à démontrer par l'expérience que la technique sociale qu'il exerce par sa fonction différenciée répond à certaines attentes telles que la sécurité et la paix. Elle présuppose le fait que le respect des procédures établies par anticipation des conflits apporte une vie sociale plus harmonieuse. Encore faut-il que le système juridique permette *effectivement* cette sécurité. D'où le conditionnement de la validité à l'efficacité.

Reconnaître que le droit *existe*, le constituer en objet de la connaissance ne doit pas vouloir dire qu'il est bon, même si l'on ne regarde que sa forme. Considérer la forme comme *objective* du simple fait qu'elle est « imperméable » à un contenu relatif revient à considérer que l'autorité est absolument légitime, alors même que la forme juridique peut en soi être vecteur d'autoritarisme comme de démocratie : la signification n'est jamais absolument démontrable. La forme en elle-même, d'autant plus lorsqu'elle est hiérarchique, constitue déjà une valeur. La norme ne peut être dissociée de l'autorité qui la pose : il est ainsi possible d'opérer une analogie entre la fonction et l'organe. Ce constat se retrouve dans l'interprétation contemporaine de la hiérarchie des normes qui établit un parallélisme avec la hiérarchie des autorités compétentes.

¹⁷⁶ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », in G. JÈZE (dir.), *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, p. 590. Cette unité serait apparemment « immédiatement perceptible par les sens » en ce qui concerne les organismes vivants, la nature (*ibid.*, p. 569).

¹⁷⁷ *Id.*, *Society and Nature*, *op. cit.*, p. 266 : « after the complete emancipation of causality from retribution in the modern notion of law, society is — from the point of view of science — a part of nature. »

¹⁷⁸ E. YAKIRA, *La causalité de Galilée à Kant*, *op. cit.*, p. 51.

Dans ce cas, la régression mène à la fiction du peuple souverain, « auteur juridique suprême¹⁷⁹ », seule autorité *légitime* en démocratie. Au-delà du fait qu'il est contraire au présupposé relativiste de croire que le peuple constitue une communauté partageant les mêmes valeurs, il semble que sa souveraineté soit également illusoire. Le peuple n'est pas *compétent* comme l'illustre l'outrepassement du référendum français sur le traité établissant une constitution pour l'Europe. Le droit, cette interprétation socio-normative de la nature, est un ensemble de normes dont le contenu est relatif. La science du droit, en tant qu'elle constitue sa forme, n'est objective que d'un point de vue *purement* juridique. Ce critère de pureté ne s'oppose à l'usage de la causalité que lorsque l'on présuppose une ontologie dualiste, projetant ainsi la norme dans la sphère des Idées. Cela ne semble cohérent que lorsque le *Sollen* s'apparente à une entité abstraite *a priori*. Quoi qu'il en soit, la science juridique s'attache à décrire le droit. Et qu'est-il, sinon ce qu'en disent les juristes ?

Ainsi, « la tâche qui s'impose n'est pas de supprimer la science du droit en même temps que la catégorie du *Sollen* ou de la norme, mais de limiter cette science à son objet propre et d'élucider sa méthode dans un esprit critique¹⁸⁰ ». La théorie pure du droit construit son objet mais, d'un point de vue moniste, elle ne l'*explique* pas en relayant l'étude de l'efficacité — le droit appréhendé par la causalité — à la sociologie du droit. Le processus de « rationalisation » du droit en un tout intelligible révèle cependant une fiction utile, à la fois socialement et intellectuellement : socialement d'abord parce qu'elle permet d'identifier l'autorité effective comme légalement compétente — elle est présupposée *si l'on veut* considérer l'ordre juridique comme distinct de la simple contrainte — et intellectuellement car elle constitue le droit comme objet de la connaissance en lui donnant son apparence d'ensemble cohérent. La théorie pure du droit permet d'identifier le phénomène juridique tandis que la sociologie du droit tend à dissoudre son objet¹⁸¹. Les théories du droit naturel, quant à elles, ne répondent pas aux critères posés par la méthode scientifico-critique puisqu'elles reposent sur la croyance en une autorité suprême véhiculant l'idée d'un Bien absolu présupposé *a priori* ainsi que le discours finaliste qui l'accompagne.

¹⁷⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 203.

¹⁸⁰ *Id.*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 62 in M. JESTAEDT, « La science comme vision du monde, science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », art. cité, p. 196.

¹⁸¹ *Id.*, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 79 : « Les efforts de Ehrlich pour affranchir le concept de droit de l'élément de contrainte aboutit à la définition suivante : le droit est un ordre de la conduite humaine. Or ceci n'est pas une définition du droit, mais de la société. » À l'inverse, « la tentative la plus aboutie à ce jour de définir l'objet d'une sociologie du droit [celle de Max Weber], [suppose que l'on soit] particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. [...] Pour être l'objet d'une sociologie du droit, la conduite humaine doit être déterminée par l'idée d'un ordre valide. », *ibid.*, p. 228. Voir aussi T. HOCHMANN, « Sans le normativisme, la sociologie du droit n'est rien. Hans Kelsen, critique de Eugen Ehrlich » in S. AYAD-BERGOUNIOUX (dir.), *Les logiques du droit : autour des formes de légitimation du pouvoir*, Paris, Mare et Martin, 2019.

Pour conclure, notons qu'

un schisme stérile divise actuellement les théoriciens du droit en deux camps. D'un côté, des théories normatives et analytiques s'efforcent de conserver la positivité du droit, et risquent par là même de faire perdre au droit son rapport constitutif avec la société. De l'autre côté, des approches sociologiques plus réalistes analysent les multiples imbrications du droit et de la société, mais elles n'ont pas développé les instruments conceptuels nécessaires pour satisfaire aux réels besoins du droit en termes d'autonomie¹⁸².

Cette brèche dans la science du droit apparaît comme une opportunité nouvelle de se saisir du phénomène juridique, ce que l'on pourrait appeler normativisme expérimental.

Maude Vidal

Titulaire du master II Philosophie du droit et droit politique de l'Université Paris-Panthéon-Assas et du master II Théorie et analyse du droit de l'Université Paris-Nanterre, Maude Vidal s'intéresse à la science juridique et, plus précisément, aux travaux de Hans Kelsen. Elle prépare actuellement une thèse de doctorat portant sur les conditions de possibilité d'un normativisme expérimental à l'EHESS sous la direction d'Olivier Cayla et Olivier Jouanjan.

¹⁸² G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 3.

III. Chaire Villey

Jean-François Kervégan

Les jusnaturalismes contemporains et la question des droits*

INTRODUCTION

La thématique des droits naturels ou moraux occupe une place de choix dans l'argumentaire antipositiviste d'un certain nombre de philosophes du droit contemporains. Selon eux, ce que le positivisme juridique, y compris dans ses versions « souples » (comme celle d'Herbert Hart), ne parviendrait pas à penser serait l'existence de droits qui ne sont pas *d'abord* positifs, même s'ils peuvent le devenir *aussi*, et qui ont même, par rapport au droit positif, un rôle fondateur. Bien évidemment, à l'arrière-plan de cette discussion se situe la question des droits de l'homme et de leur statut : sont-ils de véritables droits juridiques, ou faut-il les considérer, à l'instar de leurs promoteurs, comme des droits naturels ou, dans un langage métaphysiquement moins pesant, comme des droits moraux ? Peut-on faire une place à ces droits sans mobiliser les lourds présupposés des théories classiques du droit naturel ? Dans ce qui suit, on examine quelques exemples de ce genre de stratégie.

I. MICHEL VILLEY

Avant d'engager cet examen, il faut rappeler l'existence d'un courant philosophique qui se réclame expressément du droit naturel dit ancien (une dénomination que je juge discutable, au demeurant¹). Dans ce cadre, on peut évoquer deux auteurs que réunit la suspicion à l'endroit du jusnaturalisme moderne : Michel Villey et John Finnis. On pourrait citer aussi Leo Strauss ou Alasdair MacIntyre, qui partagent les réserves des précédents à l'endroit du rationalisme moderne et de son approche du droit et (mais c'est un autre sujet) de la politique.

L'éminent romaniste qu'était Michel Villey n'a cessé de vilipender la désastreuse invention moderne que sont les droits subjectifs, dont l'origine se

* Extrait d'un ouvrage à paraître, intitulé *Des droits. Théorie et histoire*. Je suis très reconnaissant envers l'Institut Michel Villey de m'avoir offert l'occasion, en me confiant la Chaire Villey en 2022, d'exposer une partie du contenu de l'ouvrage.

¹ C'est Leo Strauss qui, dans *Droit naturel et histoire*, a systématisé l'opposition entre droit naturel ancien et droit naturel moderne, en vue de discréditer ce dernier. Cela implique d'établir une sorte de symétrie entre eux. Or il n'existe aucune *doctrine* du droit naturel dans la pensée antique, que ce soit chez Aristote, chez les stoïciens ou les épicuriens, chez Cicéron ou chez les jurisconsultes romains, mais tout au plus des indications éparses. Surtout, le concept grec de *physis* et le concept moderne de nature sont incommensurables ; ils appartiennent, aurait dit Foucault, à des *épistémai* différentes.

situerait dans l'ontologie nominaliste de Duns Scot et Guillaume d'Ockham, et de déplorer l'oubli que cela entraîne du concept authentique du droit, élaboré par Aristote et Thomas d'Aquin et mis en œuvre par le droit romain². La conclusion est sans appel : « l'apparition des droits de l'homme témoigne de la décomposition du concept du droit³. » En dépit de son caractère outrancier, la critique villeyenne du concept de droit subjectif a l'intérêt de souligner le caractère moderne de la notion. À mes yeux, l'intérêt principal des analyses de Villey n'est pas historique (sur ce plan, elles sont discutables, comme l'a montré Brian Tierney⁴), mais philosophique : Villey montre que la formation du concept de droit subjectif, tout comme le « légicentrisme » (l'identification du droit à la loi) dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est l'expression éloquente⁵, va de pair avec une reconfiguration de la pensée du droit, au terme de laquelle la bilatéralité fondamentale du rapport juridique est oblitérée par l'unilatéralité, ou plutôt par l'*unidirectionnalité* des droits :

Le droit est *rapport* entre *des* hommes, multilatéral. Que vous en ayez conscience ou non, quand vous faites usage du mot « droit », il s'agit d'une relation. Comment pourrait-on inférer une *relation*, couvrant plusieurs termes, d'un terme unique : l'Homme⁶ ?

Il y aurait lieu d'examiner plus attentivement que je ne le ferai ici les attendus épistémologiques et ontologiques de la conception villeyenne du droit : c'est ce qu'a fait Pierre-Yves Quiviger d'une façon certainement plus bienveillante que la mienne⁷. L'œuvre villeyenne suggère l'existence d'un lien entre le dualisme ontologique de l'être et du devoir-être et la venue au premier plan des droits subjectifs dans la vision générale de ce qu'est le droit : l'affirmation de l'*être* des droits (comme droits subjectifs) est concomitante de la dissociation du monde des faits et du monde des normes, sanctionnée par la prétendue loi de Hume⁸. Les droits, dans la perspective de Villey, ne sont rien d'autre que le « langage » dans lequel se formule l'image de soi d'une modernité désorientée par la rupture du monde humain avec son assise traditionnelle⁹. Thèse à laquelle je souscrirais volontiers, si ce n'est que la « désorientation » est aussi et surtout la définition d'une orientation nouvelle, constitutive de la « légitimité des Temps modernes¹⁰ ».

² Voir M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, rééd. Paris, PUF, 2006, p. 202 sq. (Duns Scot) et p. 220 sq. (Ockham) ; *Id.*, « Les origines de la notion de droit subjectif », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 221-250 ; *Id.*, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam » in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 140-178 ; *Id.*, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 118-127.

³ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 154.

⁴ Voir B. TIERNEY, *The idea of natural rights*, Michigan/Cambridge UK, W. B. Eerdmans, 1997, p. 30-42.

⁵ Voir S. RIALS, « Présentation », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette (« Pluriel »), 1988, p. 369-373. Il faut se rappeler que le mot le plus utilisé dans la Déclaration de 1789 n'est pas « droit » mais « loi ».

⁶ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 154.

⁷ Voir P.Y. QUIVIGER, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Paris, Classiques Garnier, 2012, en part. p. 171 sq.

⁸ D. HUME, *Traité de la nature humaine*, I. III, section I, chapitre 1, Paris, GF-Flammarion, 1995, p. 65. Je renonce à entrer ici dans les débats qu'a suscité l'interprétation de ladite « loi », qui n'en est peut-être pas une...

⁹ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰ H. BLUMENBERG, *La légitimité des Temps modernes*, Paris, Gallimard, 1999.

II. JOHN FINNIS

À la différence de Leo Strauss ou de Michel Villey, John Finnis ne récusé pas *ex abrupto* la pensée moderne et son culte des droits. Il se donne plutôt pour objectif de réviser la grille conceptuelle de la philosophie contemporaine du droit en actualisant la tradition aristotélico-thomiste (tradition dont l'unité ne fait sens, je le note en passant, que si l'on fait sienne l'interprétation thomiste d'Aristote). L'ambition du livre *Natural Law and natural rights* est de reconstruire les principes *anhistoriques* du droit naturel (qu'il faut distinguer des théories qui en ont été formulées), qui seuls peuvent conférer aux lois positives une « force obligatoire » et remédier à l'incomplétude principielle des conceptions positivistes du droit¹¹. Ces principes sont les différents « biens », les « valeurs fondamentales » que doit viser l'action humaine et qui orientent la raison pratique selon le modèle du *spoudaios* d'Aristote, de l'homme « mûr » et « sagace » (*phronimos*) qui conduit sa vie en accord avec ces principes¹². Contrairement à Villey, Finnis ne considère pas que les droits sont simplement une déplorable lubie moderne ; au contraire, il soutient, contre la propension de l'utilitarisme à relativiser les droits au nom d'une conception agrégative du bien commun, que la « stricte inviolabilité des droits humains fondamentaux » est une exigence essentielle de la philosophie pratique¹³. Toutefois, l'inviolabilité des droits n'équivaut pas à leur inconditionnelle validité. En effet, leur contenu et leur attribution sont essentiellement controversés ; or, pour trancher ces controverses, il est besoin de principes qui « requièrent de ne pas être exprimés en termes de droits¹⁴ ». Le « langage moderne des droits » tend à mettre sous le boisseau les tensions qui existent entre eux : par exemple, la tension entre les droits de... et les droits à..., entre les libertés négatives et les libertés positives, qui a été soulignée par Isaiah Berlin¹⁵. Donc, tout en admettant que le langage des droits est une « addition appréciable au vocabulaire reçu de la raison pratique (*practical reasonableness*)¹⁶ », et en reconnaissant qu'il existe des « droits humains absolus », Finnis souligne qu'ils sont corrélés à des devoirs tout aussi absolus¹⁷. Les droits subjectifs sont une « expression de ce qui est implicite dans le terme “bien commun”¹⁸ » ; mais c'en est une expression *parmi d'autres*. Le titre d'un des volumes des *Collected Papers* de Finnis, *Human rights and common good*, est révélateur de cette volonté de rééquilibrage : les droits de l'homme ne doivent pas être dissociés du bien commun. C'est pourquoi certains d'entre eux peuvent devoir être limités « par d'autres aspects du bien commun¹⁹ ». Ainsi, le droit à la

¹¹ J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 24. Voir également sa critique de la thèse positiviste de la séparation du droit et de la morale : *ibid.*, p. 357-359.

¹² *Ibid.*, p. 103. Sur la *phronèsis*, voir ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* VI, 1140a24 *sq.*, et bien sûr le livre classique de P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1963.

¹³ J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴ *Ibid.*, p. 198.

¹⁵ Voir I. BERLIN, « Two Concepts of Liberty » (1958), in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.

¹⁶ J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷ *Ibid.*, p. 225.

¹⁸ *Ibid.*, p. 214.

¹⁹ *Ibid.*, p. 218.

liberté de choix peut être limité au nom du droit à la vie : ce qui, aux yeux de Finnis, justifie son engagement dans le combat contre le droit à l'avortement²⁰.

Bien que le propos de Finnis soit plus sobre que celui de Villey²¹, on y observe la même réticence à l'égard de l'absolutisation moderne des droits subjectifs qui oblitérerait le lien structurel entre droits et obligations. Une telle position se fonde principalement sur des raisons morales et religieuses qui sont en tant que telles respectables ; mais elles n'aident guère à discerner la nature spécifique des droits. Finnis indique, avec perspicacité, que la grammaire moderne des droits épouse implicitement le point de vue du bénéficiaire, et non celui du prestataire ; ce choix tend à oblitérer la connexion de ces droits à des devoirs, alors que la sémantique traditionnelle du *jus* privilégiait une approche bilatérale²². Il en conclut que du point de vue du bien commun, « le concept de devoir [...] a un rôle explicatif plus stratégique que le concept de droits²³ ». Les droits ne sont pas « moins importants » que les obligations ; mais ce que le « langage des droits » dissimule, c'est que leur réalité est toujours relationnelle, donc *dérivée*. C'est précisément ce que conteste frontalement la « thèse des droits » de Dworkin – un des adversaires favoris de Finnis²⁴.

En dépit de la considération qu'elles inspirent, les analyses de Villey, Finnis, MacIntyre ou Strauss apparaissent tributaires d'une vision des communautés humaines dont l'adéquation avec la réalité des sociétés contemporaines est problématique. Pour le dire autrement, elles me paraissent méconnaître les conséquences de ce que Tocqueville a nommé le « fait providentiel » de l'état social démocratique²⁵. L'égalité des conditions a rendu inéluctable le « langage des droits », comme le nomment Finnis et Villey : si l'affirmation des droits occupe tant de place dans la représentation que nous avons du monde dans lequel nous vivons, c'est qu'elle paraît résulter nécessairement de l'égalité de toutes et de tous, en même temps qu'elle semble être le meilleur rempart face au danger de la « tyrannie

²⁰ Une expression récente de cet engagement : J. FINNIS, « Abortion is unconstitutional », *First things*, avril 2021 [En ligne : <https://www.firstthings.com/article/2021/04/abortion-is-unconstitutional>].

²¹ Villey a dédié *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, à Jean-Paul II, dont l'encyclique *Evangelium Vitae* dénonce « la tendance, toujours plus largement admise, à interpréter les crimes contre la vie [avortement, euthanasie, suicide] comme des expressions légitimes de la liberté individuelle, que l'on devrait reconnaître et défendre comme de véritables droits ».

²² On trouve une analyse similaire chez Niklas Luhmann qui voit dans la promotion des droits subjectifs une substitution d'une logique (asymétrique) de la complémentarité à la logique (symétrique) de la réciprocité qui prévalait dans les états antérieurs du droit : voir N. LUHMANN, « De la fonction des droits subjectifs », *Trivium*, 3/2009, p. 4. Voir également *Id.*, « Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung », in *Soziologische Aufklärung*, Band 6, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, et *Id.*, *Das Recht der Gesellschaft*, Berlin, Suhrkamp, 1993 p. 483.

²³ J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, p. 210.

²⁴ Voir la réfutation en règle des vues de Dworkin, en particulier de sa comparaison des droits à des « atouts » (R. DWORKIN, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, p. 448 sq.) dans J. FINNIS, « Human rights and their enforcement », in *Human rights and common good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, en part. p. 35 : « Si (tous) les droits sont des atouts, mais si (tous) peuvent être surpassés par certains buts collectifs, alors [...] les droits ne doivent pas trop être pris au sérieux. »

²⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique**, *Œuvres Complètes*, tome I.1, Paris, Gallimard, 1961, p. 4.

démocratique²⁶ ». De ce point de vue, l'espèce d'évidence dont bénéficient les droits dans la plupart des théories contemporaines est sans doute mieux en phase avec la perception qu'ont d'elles-mêmes les sociétés contemporaines que la méfiance dont font preuve les philosophes en question. Dworkin, semble-t-il, nous parle plus que Villey ou Finnis.

III. RONALD DWORKIN : LA « THÈSE DES DROITS »

Dworkin substitue à la distinction usuelle en philosophie morale et en philosophie du droit entre théories déontologiques (paradigme supposé : Kant) et théories téléologiques (paradigme : Bentham) une classification tripartite : il distingue des théories *goal-based*, *duty-based* et *right-based*. Il entend ainsi souligner la spécificité d'une conception qui, comme la sienne, « prend l'idée des droits tellement au sérieux qu'elle place ceux-ci au fondement même de la moralité politique²⁷ ». Cette théorie n'ignore pas les considérations téléologiques et déontologiques, mais les subordonne (dans sa partie « profonde », autrement dit fondationnelle) à l'exigence inconditionnelle du respect des droits. Elle confère donc aux droits une portée normative indépendante de leur éventuelle inscription dans un corpus de normes positives (Déclaration ou Charte).

Le noyau de ce que Dworkin nomme la *rights thesis* (expression improprement rendue par « théorie des droits » dans la traduction française de *Taking rights seriously*) est la conviction selon laquelle il existe des droits qui « sont *naturels* en ce sens qu'ils ne sont pas le résultat d'une législation, d'une convention ou d'un quelconque contrat hypothétique²⁸ ». Toutefois, Dworkin évite d'utiliser le vocabulaire jusnaturaliste, car il est « associé à des considérations métaphysiques qui le disqualifient²⁹ ». Mieux vaut parler de droits moraux, étant entendu que cette notion prend le relais de celle de *natural right*, au moins en partie (car il peut exister aussi des droits moraux « conventionnels »). Voici leur définition :

Les citoyens ont moralement certains droits, c'est-à-dire des droits autres que ceux qui sont prévus par des dispositions positives, et supérieurs à eux ; dans cette optique, une société peut être raisonnablement critiquée au nom du fait que ses dispositions (*enactments*) ne reconnaissent pas les droits que les gens ont³⁰.

Les droits moraux, bien que susceptibles d'être intégrés au droit positif, sont des principes *métapositifs*. Même si Dworkin s'interdit d'en chercher l'origine dans une nature humaine qu'il serait hasardeux de reconstruire comme le faisaient Grotius, Hobbes ou Rousseau, ces droits ont incontestablement chez lui la fonction d'instrument critique et normatif qu'avaient les droits naturels dans les théories classiques.

Dworkin affirme donc la nécessité de restituer au droit les *bases morales* sans lesquelles il risque d'apparaître comme un simple instrument en vue de certains buts sociaux ou comme une application aveugle de règles positives. Il en résulte

²⁶ *Ibid.*, *De la démocratie en Amérique**, *Œuvres Complètes*, tome 1.2, Paris, Gallimard, 1961, p. XLIV, p. 324.

²⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 262.

²⁸ *Ibid.*, p. 270-271.

²⁹ *Ibid.*, p. 270.

³⁰ *Id.*, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, p. 16 (trad. modifiée de notre fait).

que les citoyens ont « un droit moral d'enfreindre la loi » lorsqu'elle est injuste³¹. Les juges eux-mêmes peuvent pratiquer certains arrangements avec les règles du droit, et même avec les faits. Ainsi, pour découvrir la décision juste dans un cas difficile, Hercule, le « juge-philosophe » de *Prendre les droits au sérieux*, s'attribue la faculté « d'évacuer une certaine part de l'histoire institutionnelle [*i.e.* de la jurisprudence] en la considérant comme une erreur³² ». Il peut aussi considérer parfois que « la morale de la communauté est [...] inconsistante » et prendre, à l'encontre de celle-ci, une « décision politique³³ ». Il a même la possibilité, voire l'obligation, de *mentir* si « les raisons livrées par les droits moraux d'arrière-plan sont si fortes qu'il a une obligation morale de faire tout ce qui est en son pouvoir pour appuyer ces droits³⁴ » ; en effet, les *véritables* droits juridiques ne sauraient être en contradiction avec les droits moraux. Dès lors, il n'est pas surprenant que Dworkin préconise une « fusion des questions juridiques et morales³⁵ ». C'est que la Constitution repose sur des « principes moraux abstraits », comme les clauses de *due process of law* et d'*equal protection of the laws* formulées par les 5^e et 14^e Amendements. On est évidemment aux antipodes du positivisme, qu'il soit *soft* ou *hard*.

À aucun moment Dworkin ne cherche à démontrer sa « thèse des droits », qui de ce fait ressemble plutôt à un postulat. La raison principale de cette postulation me paraît être que la thèse des droits évite les implications d'une conception *goal-based* (certains droits peuvent devoir être sacrifiés au nom des intérêts de la communauté) ou d'une conception juspositiviste comme celle de Hart (pour ne rien dire des versions « dures » du positivisme). Hart prétend pouvoir rendre compte du droit en se tenant au seul niveau des règles (primaires et secondaires), sans jamais avoir à invoquer des concepts ou des principes moraux substantiels, dans la mesure où ceux-ci sont essentiellement contestés. Il semble donc que l'élévation des droits moraux au rang de principes « d'arrière-plan » soit la manière la plus efficace de contrer le positivisme. Elle garantit aux individus, bien mieux que ce dernier, un « périmètre protecteur », pour reprendre une expression de Hart³⁶, et ce « même si cela doit porter préjudice aux objectifs à long terme de la société³⁷ ».

Dworkin paraît considérer comme acquis : 1. que les droits moraux existent, même si leur contenu est controversé ; 2. qu'ils peuvent, et sous certaines conditions doivent, être convertis en droits juridiques. Les droits juridiques, comme le droit en général, comportent une dimension morale inéliminable, dans la mesure où ils relèvent de la « moralité politique ». De telles considérations supposent certaines options en matière de philosophie morale d'une part, de philosophie du droit d'autre part ; et ces options demandent à être justifiées. Ainsi, les droits moraux n'ont pas leur place dans toute philosophie morale. Une conception déontologique stricte en nierait l'existence, en recourant par exemple à une

³¹ *Id.*, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 294.

³² *Ibid.*, p. 199. Voir également du même auteur *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 18-19.

³³ *Ibid.*, p. 208-209.

³⁴ *Ibid.*, p. 457.

³⁵ *Ibid.*, p. 237, 294.

³⁶ H. L. A. HART, « Legal rights », in *Essays on Bentham*, Oxford UK, Clarendon Press, 1982, p. 171.

³⁷ R. DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 350 / *Id.*, *Une question de principe*, *op. cit.*, p. 437.

argumentation théologique : seul Dieu a des droits ; l'homme n'a pas de droits, il n'a que des devoirs. Ou bien, comme Kelsen, on peut faire dépendre l'existence de droits d'obligations antécédentes ; par exemple, le droit à l'éducation des enfants est seulement la contrepartie d'une obligation incombant aux parents et à la collectivité ; il est donc redondant de parler de droits des enfants³⁸. La reconnaissance de droits moraux implique à tout le moins un aménagement du cadre traditionnel des philosophies morales déontologiques. Quant à l'utilitarisme sous sa forme classique (celui de Bentham), il rejette avec la plus extrême virulence le « sophisme » que représente l'admission de droits moraux/naturels ; ce sont au mieux, explique Bentham, des « raisons de désirer l'établissement de droits », mais pas des droits proprement dits³⁹.

Quant à la transformation des droits moraux en droits juridiques, elle pose des problèmes que Bentham avait déjà soulignés. Le propre d'un droit juridique est d'être opposable, ce qui veut dire que des voies de recours existent en cas de violation de ce droit. Or un certain nombre de candidats éligibles au statut de droit moral peuvent difficilement être conçus comme des droits opposables, car il est malaisé de définir la personne ou l'instance à qui il incomberait de réparer leur violation : qu'on pense, par exemple, au droit au travail proclamé par certaines Constitutions ou Déclaration des droits⁴⁰, ou encore au droit au logement auquel on a voulu en France donner le statut de droit opposable, sans que cela change grand-chose à la situation des sans-logis. De tels droits moraux, en l'absence de toute sanction effective, peuvent-ils être autre chose que ce que le philosophe Joel Feinberg nomme avec une ironie complice des *manifesto rights*, des droits destinés d'abord à être proclamés⁴¹ ?

IV. JÜRGEN HABERMAS

À partir des années 1980, Jürgen Habermas s'intéresse de façon privilégiée à des questions de philosophie normative. À la suite de la publication de la *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), il cherche d'abord à reconstruire la philosophie morale (et/ou l'éthique) sur une base « communicationnelle⁴² ». Par la suite, le

³⁸ Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 132 sq. ; R. G. FREY, *Interests and Rights*, Oxford UK, Clarendon Press, 1980, p. 12. Cet argument est réfuté par H. L. A. Hart (« Legal rights », in *Essays on Bentham*, p. 179-180), et J. FEINBERG (« In defense of moral rights », in *Problems at the roots of the law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 42 ; « Les droits des animaux et des générations à venir », *Philosophie*, n° 97, 2008, p. 64-90).

³⁹ Voir J. BENTHAM, « L'absurdité montée sur des échasses » in B. BINOCHÉ, J.-P. CLÉRO (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007, p. 34.

⁴⁰ Comme le préambule de la Constitution française de 1946 (« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ») et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (Art. 23.1 : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage »).

⁴¹ J. FEINBERG, « The nature and value of rights », *Journal of Value Inquiry*, 4-4, 1970, p. 255.

⁴² Voir J. HABERMAS, *Morale et communication*, Paris, Éd. du Cerf, 1986 ; *Id.*, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Éd. du Cerf, 1992. Habermas s'appuie sur la distinction hégélienne entre *Moralität* et *Sittlichkeit* et cherche à en tirer parti dans sa propre contribution à l'éthique de la discussion, alors que la perspective transcendantale d'Apel demeure plus « kantienne » : comparer J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, chapitres I et II, et K.-O. APEL, « Kant, Hegel et le problème actuel des fondements normatifs de la morale et du droit », in *Discussion et responsabilité, t. 1 : L'éthique après Kant*, Paris, Éd. du Cerf, 1996. Voir par ailleurs la critique de *Droit et démocratie* par APEL : « La relation entre morale, droit et démocratie. La philosophie du

droit devient un objet de réflexion privilégié. Dans un premier temps, dans ses *Tanner Lectures* de 1986, Habermas, dans une veine se voulant kantienne, cherche à justifier « la moralisation saillante du droit », qui est selon lui « indéniable et irréversible », et dont l'idée d'État de droit serait la traduction⁴³. Or, contrairement à ce qu'il en est dans la perspective « monologique » du kantisme (un jugement qui me semble par ailleurs discutabile⁴⁴), le « noyau moral du droit » n'est pas selon lui de nature substantielle, mais procédurale. C'est d'ailleurs le caractère procédural de la raison normative qui assure la continuité entre droit et éthique. Si la raison pratique n'est rien d'autre qu'une méthode de découverte et de validation des normes par une communauté de communication idéale, alors cette continuité va de soi : on a – Habermas en convient – tout bonnement remplacé la conception classique du droit naturel comme un corps de principes substantiels par une conception procédurale de la rationalité, et surmonté simultanément l'abstraction des théories jusnaturalistes et la méconnaissance positiviste des « bases morales du droit positif⁴⁵ ».

*Droit et démocratie*⁴⁶ abandonne cette subordination du droit à la morale et concentre l'intérêt sur l'interaction entre normes morales, normes juridiques et processus politique démocratique. Je résume : la dynamique du droit moderne est commandée par une tension, *au sein même du droit*, entre factualité (*Faktizität*) et validité (*Geltung*), et non pas seulement entre les normes et la réalité des actions évaluées d'après elles. La définition du droit comme « catégorie de la médiation sociale entre factualité et validité » – c'est le titre du premier chapitre – s'oppose d'une part à la compréhension positiviste du rapport entre les normes juridiques et leur effectuation, qui prive la validité normative de toute signification autonome, et d'autre part à une vision idéalisante du droit qui fait l'impasse sur sa dimension factuelle et s'interdit ainsi de comprendre la différence structurelle entre normativité éthique et normativité juridique.

Il s'agit ainsi de récuser deux grilles de lecture unilatérales : celle d'une analyse stratégique concevant le droit comme un ensemble de mécanismes permettant d'exclure ou d'imposer certaines actions en fonction d'objectifs sociaux ou politiques déterminés, et celle d'une analyse déontologique éludant la dimension de la factualité, comme si une norme *juridique* pouvait être valide (et légitime) indépendamment des mécanismes sociaux et politiques qui en assurent l'observance. Habermas fait donc de l'existence d'une dimension de factualité à l'intérieur même de l'ordre juridique le trait distinctif de la normativité juridique : « la dimension de la validité ne se constitue [...] qu'à travers une tension entre factualité et validité⁴⁷. » Ceci interdit de prendre la normativité morale pour modèle du droit, comme le faisaient les *Tanner Lectures*. Comme Dworkin, qui a le mérite d'avoir souligné « le contenu moral des droits fondamentaux et des principes de

droit de J. Habermas jugée du point de vue d'une pragmatique transcendantale », *Les Études philosophiques*, janvier-mars 2001, p. 67-80.

⁴³ J. HABERMAS, *Droit et morale. Tanner Lectures 1986*, Paris, Seuil, 1997, p. 43.

⁴⁴ Voir J.-F. KERVÉGAN, *La raison des normes*, Paris, Vrin, 2015, p. 182-184.

⁴⁵ J. HABERMAS, *Droit et morale. Tanner Lectures 1986, op. cit.*, p. 86.

⁴⁶ D'une manière explicable d'un point de vue commercial, la traduction française inverse titre et sous-titre : le titre original (*Faktizität und Geltung*) met l'accent sur le lien entre factualité (*Faktizität*) et validité (*Geltung*), dont la relation entre droit et démocratie n'est que la traduction dans les conditions d'une société « post-traditionnelle ».

⁴⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 49.

l'État de droit⁴⁸ », mais qui s'expose au soupçon de retomber dans une sorte de néo-jusnaturalisme, Habermas entend proposer une alternative au positivisme juridique. Toutefois, le rejet du positivisme ne doit pas conduire à sous-estimer la signification de la positivité. Cette positivité est un trait caractéristique du droit qui fait défaut aux normes morales.

Or l'intégration de la factualité à la structure normative de l'ordre juridique oblige aussi à repenser le lien entre droit et politique et, de ce fait, l'idée même que l'on peut se faire de la normativité : en effet, « dans un contexte post-métaphysique, la seule source de validité est la procédure démocratique par laquelle le droit est généré⁴⁹ ». En effet, une fois épuisée la légitimation métajuridique des normes juridiques dans un cadre jusnaturaliste, seule la démocratie entendue comme méthode de constitution et d'exercice de la souveraineté peut offrir un fondement légitime (et, par voie de conséquence, légal) à la prétention à la validité des normes du droit, y compris à celle de leur noyau dur méta-positif : les droits de l'homme. C'est ce que Habermas nomme « le lien interne entre la souveraineté populaire et les droits de l'homme⁵⁰ ».

Dès lors que les formes classiques de fondation de la normativité sont inopérantes, la délibération démocratique, elle-même comprise selon un « paradigme procéduraliste », est l'unique instance de justification des normes juridiques. Autrement dit, il y a un lien nécessaire de co-originarité entre « l'autonomie privée », que le droit (privé) a pour mission de garantir sous la forme de droits fondamentaux, et « l'autonomie publique », c'est-à-dire l'exercice démocratique de l'autolégislation⁵¹. Bref, il existe un « lien interne entre État de droit et démocratie⁵² ». On mesure l'ambition du propos : il s'agit de substituer au paradigme *libéral* (l'État de droit comme protection de l'autonomie personnelle) et à celui de l'État *social* (l'État démocratique comme garant des droits de participation et d'une jouissance égale des biens collectifs) un troisième paradigme, *procédural* : la dynamique communicationnelle à l'œuvre dans la délibération politique institutionnalisée est le principe générateur de la normativité. Ce « changement de paradigme » est selon Habermas l'unique moyen de faire droit aux deux propriétés caractéristiques des sociétés complexes : la différenciation des types de normativité (avec le « décrochage » du droit par rapport à la morale) et l'interaction forte entre les procédures juridiques de l'État de droit et la dynamique politique démocratique qui fait de chaque sujet de droit un « co-législateur », comme disait Kant.

Quelles conséquences cela a-t-il en ce qui concerne *les droits* ? À chacune des sphères normatives distinguées par Habermas correspond un type spécifique de droits subjectifs : droits moraux, droits juridiques, droits politiques. Cette distinction est tout à fait classique. Ce qui l'est moins, c'est la compréhension dynamique de la relation entre ces sphères et ces types de droits. 1/ La positivation, grâce aux Déclarations, des droits moraux précédemment garantis par le droit naturel permet la constitution d'une sphère de « droits défensifs⁵³ » assurant aux individus une autonomie privée régulée par les principes de l'État de droit libéral.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 227.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 478.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 120 (trad. modifiée) et 486.

⁵¹ *Ibid.*, p. 480.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, p. 488.

2/ La « politisation » des droits individuels libéraux donne naissance aux droits du citoyen ; ces droits garantissent l'autonomie publique dans le cadre d'une « procédure démocratique ». 3/ Par un processus récursif, les droits démocratiques offrent en retour une garantie aux droits juridiques et moraux individuels qu'ils font passer, comme disait Kant, du statut de droits provisoires à celui de droits péremptoirs. En même temps, l'exercice délibératif, qui implique de ne pas raisonner « en première personne », assigne certaines bornes à l'exercice des droits individuels ; c'est ce qui s'est vérifié lors du passage de l'État de droit libéral à l'État de droit démocratique et social. S'établit ainsi une coordination *fonctionnelle* entre les diverses catégories de droits subjectifs, qui n'annule pas les différences structurelles qui existent entre elles : « nous ne devons pas comprendre les droits fondamentaux qui apparaissent sous la forme positive de normes constitutionnelles comme de simples projections des droits moraux⁵⁴ » ; de même, il ne faudrait pas, comme c'est la tentation du positivisme, faire des droits moraux du sujet et des droits juridiques de la personne privée de simples spécifications des droits politiques du citoyen. Néanmoins, par contraste avec l'absolutisation des droits individuels par le libéralisme, le républicanisme de Habermas implique un primat de l'ordre juridique objectif sur les droits subjectifs qu'il ne garantit pas seulement, mais fonde⁵⁵.

La théorie habermassienne de la normativité juridique a l'ambition de « navigue[r] entre les écueils du positivisme juridique et du droit naturel⁵⁶ ». On peut toutefois se demander si les moyens mis en œuvre ne conduisent pas, *nolens volens*, à une impasse : soit on aboutit à une variante du positivisme de la loi cher aux juristes du XIX^e siècle (*Gesetz ist Gesetz* : la loi, c'est la loi !), soit on débouche sur une forme rénovée de jusnaturalisme, où la rationalité délibérative et procédurale se substitue à la raison substantielle et monologique des théories classiques du droit naturel. Dans la première perspective, seuls sont vraiment des droits ceux qui bénéficient d'une « garantie sociale⁵⁷ » ; les droits moraux et les droits juridiques ne sont alors, au mieux, que des droits politiques indirects, déclassifiés en quelque sorte. Dans la seconde, le primat reconnu aux droits fondamentaux et aux normes de l'État de droit démocratique ne se justifie que parce qu'il rend lui-même possible l'autonomie morale des sujets : dans les conditions de la modernité avancée, nous avons sans doute besoin d'un droit autonome, mais seulement *en vue* d'exigences morales formulées en termes de droits. Il est à craindre que cette dernière position soit risquée dans une société pratiquant au quotidien le polythéisme des valeurs, et qu'elle fragilise la garantie la plus solide dont elle dispose pour assurer la coexistence de ses membres : celle qu'offre un droit « désenchanté », neutre quant aux valeurs éthiques et religieuses, et assurant l'actualisation des institutions auxquelles s'adosse le vivre ensemble.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁵ *Id.*, « Trois modèles normatifs de la démocratie », in *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, p. 262.

⁵⁶ *Id.*, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 483.

⁵⁷ Dans le projet de Déclaration des droits de Condorcet (15 février 1793), la « garantie sociale » figure parmi les « droits naturels, civils et politiques » (article 1) ; la Déclaration des droits finalement adoptée par la Convention montagnarde fait de la souveraineté nationale la base de la « garantie sociale des droits de l'homme » (article 23). Voir F. ROUVILLOIS (éd.), *Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, Champs-Flammarion, 2009, p. 62, 70.

CONCLUSION

Le discrédit des axiomatiques jusnaturalistes, consécutif à de profondes transformations politiques et sociales, a privé le droit et les droits de l'assise théologique et métaphysique sur laquelle ils reposaient. Dès lors, plusieurs voies sont possibles. On peut prendre acte de la disparition d'un point de référence fixe et s'accommoder du caractère intégralement positif du droit. En ce cas, il faut renoncer à conférer aux droits quelque absoluité que ce soit : ils sont les produits momentanés d'une histoire inachevée. Telle est la position de Luhmann ou, à certains égards, celle de Kelsen. Deuxième option : ressusciter au sein même du droit devenu positif une sorte de transcendance interne dont participeraient les droits fondamentaux. C'est ainsi qu'on peut comprendre la démarche de Hart ou celle de Habermas. La troisième option est celle du néo-jusnaturalisme : elle consiste à se tourner vers les figures prémodernes du droit naturel pour échapper aux apories de la modernité, dont les droits de l'homme sont le produit. La quatrième option, crypto-jusnaturaliste, est choisie par Dworkin, Lon Fuller ou Joel Feinberg : elle consiste à se donner un corps de principes fondateurs assumant le rôle qui était celui des droits naturels dans les théories modernes du droit naturel (paradigme : Hobbes).

Aucune de ces options ne me paraît élucider de façon complètement satisfaisante le statut de la normativité juridique et, en particulier, parvenir à définir précisément la situation ontologique des droits. À l'exception de la première, celle d'un positivisme radical qui dissout la normativité dans la factualité, les différentes options ne parviennent pas, pour des raisons différentes, à établir entre le normatif et le factuel, entre le devoir-être et l'être, un lien qui respecte leur spécificité tout en pensant leur articulation. Le dualisme, ontologique et épistémologique, est l'obstacle à surmonter par la pensée du droit et des droits. Si l'on veut y échapper, il faut s'extraire de la fausse alternative entre un normativisme doctrinaire à la Kelsen et la réduction de la normativité à la factualité. C'est ce que tentent de faire le positivisme *soft* de Hart et la théorie communicationnelle de Habermas, sans parvenir néanmoins à assurer aux droits un statut aussi solide que celui que leur confèrent – mais il faut en payer le prix – le néo – et le crypto – jusnaturalisme. Il me semble qu'une conception *institutionnelle* du droit et des droits pourrait constituer une troisième voie, à condition que l'on se dote d'un concept suffisamment riche de ce qu'est une institution.

Jean-François Kervégan

Jean-François Kervégan est professeur émérite de philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre honoraire de l'Institut Universitaire de France. Ses recherches portent sur la philosophie classique allemande, la philosophie classique et contemporaine du droit et la théorie de la normativité. Il est l'auteur de *Explorations allemandes* (Paris, CNRS Éditions, 2019), *Hegel et l'hégélianisme* (Paris, PUF, « Que Sais-Je ? », 4^e éd., 2023), *La raison des normes. Essai sur Kant* (Paris, Vrin, 2015), *Que faire de Carl Schmitt ?* (Paris, Gallimard, 2011), *L'effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif* (Paris, Vrin, 2^e éd., 2020), *Hegel, Carl Schmitt* (Paris, PUF, 2^e éd., 2005). Il a aussi traduit les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (Paris, PUF, 3^e éd., 2013) et dirigé ou co-dirigé une vingtaine d'ouvrages.

Paul W. Kahn

Legality, Legitimacy, and the End of the Political*

The rule of law is a peculiar sort of political practice because it is simultaneously authoritative and contested. There is no legal assertion, including legal texts, that cannot become a subject of interpretive contestation. Nothing is settled for good. Easy cases can become hard, and hard cases easy. Americans are regularly discovering that what we thought was settled is not. To do law is not to discover the truth upon which arguments purport to stand. It is, rather, to create those truths. To succeed at law is to persuade, not to prove. Legal arguments deploy analogies not deductions. Analogies are specific to the beliefs and practices of a particular time and place. Judgments of sameness and difference shift over time. Is the gay couple different from, or the same as, the heterosexual couple with respect to marriage? Many people have been persuaded to change their view on this issue in recent years.¹

If the rule of law is a practice of interpretive contestation, an immediate puzzle arises: Why doesn't disagreement undermine authority? What or where is the unity that makes possible difference without fracture? The natural sciences achieve unity across difference through a common method and a shared confidence in progress toward truth. In law, there is neither a common method nor a shared belief in progress. Expressing the point in the American idiom, if to live under the constitution is to join in a practice of interpretive disagreement, what prevents disagreement from becoming disunion? It has, after all, happened before.

Since conflict is the ordinary appearance of American legal practice, it can be difficult to distinguish an existential rupture from the ordinary competition among factions. There will always be apologists assuring us that nothing unusual is happening. But, at some point, a disagreement among friends becomes a war between enemies.² Violence is one marker—as in our Civil War—but violence does not begin until the friendship is over.³ We argue about the law, but behind those arguments today is a deep and compelling question: Are we still friends?

* This text is from the Chaire Villey Lectures 2023. The Chaire Villey—Paris Jurisprudence Chair is an annual conference organized by the Institut Michel Villey at the Université Panthéon-Assas (Paris II). It is given by an academic whose work in the field of legal philosophy and the history of legal thought is particularly noteworthy.

¹ Compare *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986) (“No connection between family, marriage, or procreation on the one hand and homosexual activity on the other has been demonstrated, either by the Court of Appeals or by respondent.”), with *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 681 (2015) (“The Court, in this decision, holds same-sex couples may exercise the fundamental right to marry in all States.”).

² See C. SCHMITT, *The Concept of the Political*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, p. 26 (defining politics in terms of friends and enemies).

³ See P. W. KAHN, “America’s New Civil War”, *Telos*, 125, 2022.

What, then, are the conditions of belief that support friendship as unity across legal difference? What would a rupture of those conditions look like, and most importantly, is the United States at such a point of rupture in its legal order? Fear that we are at such a point motivates this essay. Exploring the U.S. position, I nevertheless hope to say something of interest to a wider audience.

To answer this question of unity or rupture, I am going to develop two distinctions and work to establish the relationship between them. The first is that between legality and legitimacy; the second is that of politics and the political. I will argue that expressions of legality absent concern with legitimacy are signs of rupture, and that the source of legitimacy is the political. To understand the fractured state of the American legal order today, we must understand how politics has eclipsed the political. My aim, then, is to disturb the distinction between law and politics in a way that does justice to both, rather than using each to undermine the other.

I will proceed in my usual manner. First, I will offer some comments on method, and the study of the social imaginary. Second, I will explore what it means to live under the authority of a legal text. Third, I will draw the distinction of politics from the political. Fourth, I will describe the point of contact between legitimacy and the political. Finally, I will consider the end of the world that was the rule of law.

I. STUDYING THE SOCIAL IMAGINATION

My argument arises at the intersection of the two broad approaches to law that I have pursued: cultural study and political theology. Both approaches start from a view of the rule of law as an interpretive practice carried forward by the social imaginary. Imaginative constructions have a history and a logic. This suggests the two-fold character of interpretive method: genealogical and architectural.⁴

Genealogy is historical but not history. The historian labors under an idea of causation. He wants to trace influence through individuals and institutions. Genealogy makes no causal claims. Its interest is in changes in interpretive practices. About the causes of such changes, it has nothing to say.⁵ It understands ideas to follow from ideas, in the same way as ideas develop in a conversation. A response follows a statement, but it is not caused by it.⁶ There must be a moment of decision—a choice among possible responses. Genealogy is that form of historical account that is commensurate with a free subject.⁷ That free subject can be an individual or a collective agent—for example, the constitutive power of the state.⁸

⁴ See P. W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 91.

⁵ In his archaeological studies, Foucault emphasizes this point of discontinuity between epistemes. See M. FOUCAULT, *The Archaeology of Knowledge*, New York, Pantheon Books, 1972, p. 166-177.

⁶ P. W. KAHN, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, 2011, p. 101-104.

⁷ See P. W. KAHN, “Freedom and Method”, in *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*, 499, 2017.

⁸ The point here is not metaphysical, but imaginative. The free collective agent is constructed in the same way as a free individual agent—through a narrative of action.

Similarly, architecture has a logic, but it lacks the formal character of proof. Architectural inquiry understands the work of the imagination to be analogical. We maintain a meaningful world by extending the frontiers of analogy. The social imaginary is “viral” in its activity, reproducing patterns of order wherever it looks.⁹ Those analogical patterns can expand toward the macrocosm or contract toward the microcosm. Movement in both directions is constant. Law school training is practice in the construction of analogies in both directions. We teach students to see similarity and difference—that is, we teach law as rhetorical practice.

Decades ago, I awkwardly labeled this dual approach of genealogy and architecture, the “cultural study of law”. The approach locates my work loosely within a philosophical tradition that speaks of the “historical *a priori*”.¹⁰ This is an imaginative space that is both contingent and necessary. It is necessary as long as it persuades; it will persuade as long as it is experienced as necessary.

This approach led me, over time, to think of my work as exploring an American political theology. Our practices of legal and political interpretation are organized around belief in a transgenerational, sovereign subject—the people—that is the source of law.¹¹ Faith in the popular sovereign has supported a practice of sacrifice and a hermeneutic of textual interpretation.¹² Sacrifice and hermeneutics are the familiar elements of Western religious traditions.

It is not an exaggeration to say that the American civil religion has been a continuation of Western monotheism: an analogical extension into a non-sectarian political space. Tocqueville already made the point: “The people reign over the American political world as God rules over the universe.”¹³ Their creative work is law, not nature. Interpreting law, we argue over what the people have done—an inquiry patterned on early 19th century natural theology, which thought of science as an exploration of the mind of God.¹⁴ As was the case then, we have our legal creationists and our deists.

The American civil religion has always had one hand reaching for a gun and the other for the constitution: sacrifice and text. In one form or another, the United States has been at war or preparing for war through most of its history. The power of the state lies in the endurance of its law and the willingness of citizens to sacrifice themselves in defense of that law.

I am no longer sure that Americans retain a robust civic religion. Neither element of our civic faith—sacrifice and law—holds the same place in citizen belief and practice that it did traditionally. Consider the place of the gun, enshrined in our Second Amendment right to bear arms. The gun was long a symbol of a willingness to sacrifice, and the Second Amendment was interpreted accordingly.¹⁵

⁹ Compare J. LEAR, *Freud*, London, Routledge, 2015, p. 127-29 (on Freud’s concept of transference).

¹⁰ I take the term from Foucault. See discussion in P. W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, *op. cit.*, p. 35-36.

¹¹ See P. W. KAHN, *The Reign of Law: Marbury V. Madison and the Construction of America*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 186-189.

¹² See P. W. KAHN, “Sacrificial Nation”, *The Utopian*, 6, 2010. [Online : <https://www.the-utopian.org/post/2340099709/sacrificial-nation>].

¹³ A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, vol. I, part I, chap. 4, New York, Library of America, p. 65, 2004 [1835].

¹⁴ See D. J. BOORSTIN, *The Lost World of Thomas Jefferson*, New York, Holt, 1948, p. 29-40.

¹⁵ See, e.g., *United States v. Miller*, 307 U.S. 174, 178 (1939) (Tying the right to bear arms to militia service).

Today, the gun receives legal protection to defend against the state, as if state power is just another threat to individual autonomy. The result is not a “well-regulated militia”, as the Second Amendment puts it, but mass murder and mayhem protected in the name of individual liberty.

I do not think my earlier work on the political imaginary was wrong; this is not a moment for self-repudiation. I think rather that the country has been rapidly changing. Trump and his administration were simply unimaginable prior to his election. Trump’s populist authoritarianism stands against both elements of our civic faith. Trump never uses the language of sacrifice, even as he appeals to violence. Similarly, he defines himself against the rule of law, for example, calling judges he appointed “his judges” and expecting them to do his bidding.

Some of the deep changes in national life are captured in a recent poll that shows dramatic declines in patriotism, religiosity, and familial commitment—declines in the order of 50 %—over the last 25 years.¹⁶ Political identity, sacrificial faith, and an intergenerational commitment have all been central to my work on the American social imaginary. In this poll, those saying that patriotism and religion are important to them each numbered between 35 and 40 percent. One suspects that the two groups substantially overlap. Many of them represent less the continuation of an American civil religion and more the co-optation of American political formations by an evangelical faith.¹⁷

America is like a church that has lost its faith. We can continue for some time following the old rituals and mouthing the old beliefs, but there is a growing sense of hypocrisy and nihilism, particularly among the young and disaffected. They see the opportunistic use of political institutions—including courts—they do not see a common faith.

To be clear, there is no going back; nor should there be. This is the contingency contained in the idea of the historical a priori. That America’s 19th century political practices and beliefs are not up to dealing with the forms of community and communication with which we live today should be no surprise.¹⁸

In this twilight era of the rule of law—close enough to remember, but already receding—we need to reflect on what we have lost, where we are, and what may lie ahead.

II. HOW WE HAVE LIVED

Americans have always had one hand reaching for the Constitution. A surprising number carry around a pocket copy. What, then, does it mean to live under the authority of a text? One cannot ask that question without hearing echoes of millennia of Jewish and then Christian practice. It became a pressing secular question last year when the Supreme Court declared that *Roe v. Wade*, the opinion

¹⁶ See A. ZITNER, “America Pulls Back From Values That Once Defined It, WSJ-NORC Poll Finds”, *Wall Street Journal*, Mar. 27, 2023. [Online: <https://www.wsj.com/articles/americans-pull-back-from-values-that-once-defined-u-s-wsj-norc-poll-finds-df8534cd>].

¹⁷ See G. A. SMITH, “About Three-in-Ten U.S. Adults Are Now Religiously Unaffiliated”, *Pew Research Center*, Dec. 14, 2021 [Online: <https://www.pewresearch.org/religion/2021/12/14/about-three-in-ten-u-s-adults-are-now-religiously-unaffiliated/>]. (“Today, 24 % of U.S. adults describe themselves as born-again or evangelical Protestants, down 6 percentage points since 2007.”)

¹⁸ See P. W. KAHN, *Democracy in Our America: Can We Still Govern Ourselves?*, New Haven, Yale University Press, 2023, p. 3-30, 47-53.

holding there is a constitutional right to choose an abortion, was “egregiously wrong from the start”.¹⁹ What could this possibly mean? Roe had been supported by seven Justices; it has been repeatedly reaffirmed. The decision organized legal and medical practice for 50 years.

What was there to be wrong about? Can we make sense of the idea that law has a content separate from our beliefs and practices? What exactly is it that makes our law “ours” if its truth is independent of our beliefs? Every Justice ruling in support of overturning Roe is a Catholic or was raised a Catholic.²⁰ In this accusation of a decades-long error, one hears echoes of the Catholic charge against Reformation Protestantism: wrong from the start. These are fighting words because they do not make sense except as a declaration of unbridgeable difference.

Foreigners looking at American legal practice often speak of a fetishism of the text. The centrality of text gives an appearance of plausibility to the Court’s assertion of error. The text, after all, remains unchanged even as our beliefs change. In our actual legal practices, however, the constitutional text is ordinarily far less important than prior judicial opinions. Interpretation of precedents constitutes the ordinary, routine work of the courts.

The text’s special function is to provide a ground for overruling past doctrinal developments: “The text,” the Court will announce, “does not say this”. Constitutional text, ironically, does not provide stability to law. It is, instead, the resource for dramatically changing course.²¹ So it was in *Dobbs*: Roe was wrong, the Court said, because the constitutional text says nothing about abortion. That the text is silent with respect to abortion is not a fact, but only another interpretive claim. For the previous majority—and the dissenters—there were ample textual sources, beginning with clauses on equality and liberty. There was also 50 years of doctrinal development.

Americans of every generation have known that they must come to terms with the constitution as their own. That coming to terms has meant finding one’s place in a field of interpretive controversy. A constitutional claim is an interpretive position intended to persuade others. No one ever achieves a conclusive victory on this contested field.

This practice of living under a text can be compared to the performance of a play. Every performance is an interpretation of the text, and every interpretation takes a position in relation to other possible interpretations. A good performance is one the participants and the audience enthusiastically embrace for the right reasons. Reasons tied to the circumstances of a single performance—for example, profit or personal success—will not persuade other audiences. Those “poor” reasons can include the opinions of the playwright. Authors are often poor interpreters of their own work. Even reasons of the right sort will change over time as interests, values, and background understandings change. The past has no special claim, as if proximity to creation creates authority. We might, for example, believe that we understand Oedipus better after Freud, than before.

To perform *King Lear* is to enter into a history of performances. Each new performance engages a multi-generational conversation about the meaning of the

¹⁹ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Org.*, 142 S. Ct. 2228, 2243 (2022).

²⁰ See e.g., C. HALLEY, “Religious Identity and Supreme Court Justices”, *JSTOR Daily*, 2020, [Online: <https://daily.jstor.org/religious-identity-supreme-court-justices-amy-coney-barrett/>].

²¹ P. W. KAHN, *Making the Case: The Art of the Judicial Opinion*, New Haven, Yale University Press, 2016, p. 126-134.

play. There is no truth of the play's text by which to measure a performance; there are only other possible interpretations. A performance may go so far as to drop some lines or even scenes because the play is judged to be better without them. About these matters there will be disagreement, both with respect to the general practice and to the specific proposal. There is no third party whose authority over interpretation is final.

To be governed by the constitution is to participate in a performance in which we are directors, actors, and audience. Here too, the meaning of the text does not exist independently of the successful performance, and there is no measure of success apart from the actions and beliefs of the participants—the members of the community. As with the play, interpretive disagreement is part of the practice. Participants may describe positions with which they disagree as “wrong”, but that cannot mean anything other than they have reasons to prefer a different interpretation. We cannot appeal to the authority of the text to decide among contesting interpretations. It contains no “hidden” truth, just truths that have not yet been realized.

The work of the play's text occurs only within a world made possible by the decision to perform, and that world has a history. Of course, we might pick up the text and organize a performance with no knowledge of this history. That does not make our performance ahistorical, for there will be reasons for this attitude toward the text—reasons that are persuasive in particular contexts. If we really lost all history of performance, trying to follow the text would be as difficult as it would be to carry out the instructions for an Aztec ritual today: we would have no idea what we were doing.

Similarly with the constitution, we must decide for the text by holding open the world in which the text is performed. To do so, is to engage with others who have been or are performing the text. There are no private meanings, no private relationships, to the text. We cannot claim to be “just reading” for that is no less a choice than other interpretations.

Self-consciousness about our position in this history of performances points to the specific ethos of living within the rule of law: our first political responsibility is to sustain the world in which the constitution can do its work. Borrowing from Heidegger's idea of the “worlding of the world”, we can call this work the “constituting of the constitution”²². The work of the constitution is the creation of citizens who participate in popular sovereignty through the rule of law. To hold open the world in which the constitution can do this work is to maintain faith in our civil religion.

A biblical analogy may help here. When Abraham heard God's claim, he responded, “Here am I.” He would sacrifice Isaac. Moses responds in the same way when he hears God's call from the burning bush, which leads to the reception of law. The sovereign claim speaks to sacrifice and law. The response is an existential affirmation of identity. Americans have responded to the constitutional claim with the same “Here am I”. For the sake of the law, they would sacrifice themselves and their children. The constituting work of the constitution is the claim. The responsibility of the courts is to hold open the world in which the claim can be heard.

²² M. HEIDEGGER, *The Origins of the Work of Art*, see translation of Roger Berkowitz and Philippe Nonet, 2006 [1935], p. 28-29 [Online: <https://www.academia.edu/2083177/The-Origin-of-the-Work-of-Art-by-Martin-Heidegger>].

Not much can be said in the abstract about what makes for a better interpretation—that is, one that holds open the constitutional world. The right interpretation is one that maintains our civic faith that law’s origin is in the popular sovereign, and that to follow the law is to realize popular sovereignty. A practice of interpretation that undermines this belief is a sin against the political life of the nation. But there are no rules that tell us what will successfully persuade citizens to believe in such a world. No one could have predicted that Moses would hear God in a burning bush; he could have turned away.

Often, a play’s performance is better to the degree that it sets forth an interpretation that makes sense of the play as a whole. An interpretation that brings unity to the elements is aesthetically better than one that shows the play to lack coherence. This norm is less compelling, however, when we turn from art to law, where moral and ethical norms are also relevant. An interpretation that advances a compelling moral good may be better than one that is arguably more coherent with other elements of law.

Ronald Dworkin thought that coherence was a condition of citizen identification with the legal order, but that is too strong a demand.²³ We accept a good deal of normative incoherence in our own lives; we accept the idea that different values will inform different spheres of activity.²⁴ Similarly, it is not necessarily a vice for a constitutional interpretation to lack coherence in instances in which it becomes possible to realize significant moral and ethical goods. Coherence, then, is not an essential norm by which to measure interpretations. It is only another element of interpretive disagreement.

An interpretation of a play is better as it allows us to see more of the world through the play. We experience the world showing itself through the point of view that constitutes the play. When we watch an excellent performance of *King Lear*, we are attending to a world of fathers and daughters, of law and love, of madness and death. A good performance of the constitution similarly enables us to see more of the world in its political dimension. An interpretation is better as it enriches our understanding of our political identity as governing ourselves through law.

Conversely, an interpretation that diminishes our experience of political life is a poor interpretation. An interpretation, for example, that strikes us as arbitrary or immoral would not make sense of our political identity. If citizens experience constitutional law as a political diminishment, the scene is set for resistance and rebellion. We rightly ask why we would impose injustice upon ourselves or adopt procedures that are unfair. If the answer is that we would not, then the legal form may remain, but the constitution is no longer doing its work.

We are in an unstable political position, when we believe that we are collectively better than our law. Nations have often been ruled by incompetent or unjust authorities, but they do not purport to be self-governing. What is our theory of legitimacy that could support constitutional injustice? Constitutional self-government is not simply majority rule, as if injustice is legitimated by victory at the polls. Neither, however, is it rule by a minority pursuing values rejected by most citizens. The first is mob rule; the second is authoritarianism. Neither position

²³ R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 188-190.

²⁴ M. WALZER, *Spheres Of Justice: A Defense Of Pluralism And Equality*, New York, Basic Books, 2008, p. 3-30.

allows the constitution to do its constitutive work. Neither position expresses the unity among friends.

III. POLITICS AND THE POLITICAL

Politics refers to our ordinary contests over policy, representation, and distribution. Politics moves with the electoral cycle; we anticipate both winning and losing over time. Politics, we like to say, “ends at the water’s edge.” That which we defend beyond the edge is the political. The political runs to sovereignty, and thus to identity. Politics is a matter of interests; the political, of sacrifice. It is that which all factions affirm in moments of crisis. Of politics, we ask “what’s in it for me?” About the political, we ask “What can I give?”

The line, of course, is not always sharp, as if we are either doing politics or the political. It is sharp, however, when we are in an “exceptional” situation. Elsewhere, I have argued that in American political life there are two forms of exception: war and judicial review²⁵. Again, we see the intertwined character of sacrifice and law. The soldier and the Justice are both images of the citizen acting in the presence of the popular sovereign; we are to see through each to the popular sovereign. Both wear uniforms that suppress difference. About both, we say that politics is to have no place.

When the popular sovereign appears, it can only do two things: defeat the enemy or set forth law. American has been a nation of soldiers and lawyers from the beginning. Citizens can be drafted into military service and jury duty—nothing else. These are equal responsibilities of citizenship, equal expressions of political identity, and equal expressions of the constituting work of the constitution. Compulsion does not really capture what is at stake in these roles. Rather, the roles express the nature of freedom from the perspective of sovereignty—freely to realize a political identity²⁶. They fall into a category that I have elsewhere called “sovereign rights”²⁷.

The exception, Carl Schmitt said, can clarify the rule²⁸. That is the case here. For the most part, we realize our political identity through politics: our way of being political is to do politics. For example, we expect a losing candidate to affirm the victory of his or opponent as an expression of a common faith in the political. This is a faith among friends. Collective agency often has this structure of linking disagreement to identity. A club might have to decide how to invest its resources. There can be intense division of opinion as two sides argue about the best decision. Once the decision is made—whether by a simple majority vote or some other decision rule—the members will affirm that “we” decided to make this investment. Unity precedes and follows the controversy. It, thereby, contains it. Failure would be to fracture the club.

²⁵ See P. W. KAHN, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, op. cit., p. 13-15.

²⁶ Compare I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty, an Inaugural Lecture Delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 16-19.

²⁷ P. W. KAHN, *The Right to have Rights: Sovereign Rights before Legal Rights*, forthcoming in volume of essays on the occasion of the 40th anniversary of the constitutional court of Portugal.

²⁸ C. SCHMITT, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, University of Chicago Press, 2010, p. 15.

This same process is evident in the narrative of national life. It is entirely normal to have disagreements about who will represent us or what we should do. It is not normal to disagree about the existence of the we. The controversies of politics are constantly translated into the idiom of the political when the nation's history is written as the story of a single, collective subject realizing itself through its decisions. The popular sovereign is both the agent of history and the source of law. When politics displaces the political, division displaces unity. There is no longer a we, and the nation is in an existential crisis. The courts and the rule of law are not immune from this crisis.

The reciprocal dependence of politics and the political is replicated in legal beliefs and practices. Notoriously, American politics tends toward juridification: opposing parties translate their claims into arguments of legal entitlement. Adjudication serves not simply to resolve a dispute, but to keep disagreement among friends from becoming war between enemies. It models the relationship of politics (difference) to the political (unity). Think of two parties before a court: they share an understanding of the sources and nature of the arguments to be made, and of the judicial role. More than that, they share a deep sense of what it is to do law, of how law configures the body politic, and of the role of law in our own self-understanding. Or so it used to be. Today, those parties may be fighting a war by other means: lawfare is not the same as the rule of law.

The judge modeled an ideal of citizenship as an expression of the political. Movement through the confirmation process was a rite of passage from politics to the political. The judge is appointed for life because he or she has been stripped of the particularity that defines difference. The parties before the court assert difference; the judge expresses unity. She is the self-governing citizen, whose political identity is inseparable from law. The judicial role is to persuade us to see through the form of law to the popular sovereign as the vital source of law. This is the movement from legality to legitimacy. The judge does her legitimating work when legal form is filled by the claim of the political. The judge's role is to hold up that world in which the constitution can constitute.

As long as we hear that claim in the judicial voice, we can disagree endlessly on everything else. When we don't agree on this, legal differences become just another site of politics. Absent contact with the political, the judgments of the courts may have the form of law, but they will lack legitimacy. They will not resolve conflict but exacerbate it, for decisions will be seen as politics set free of accountability²⁹.

The work of the Court is not to find an alternative source of electoral accountability, as if its problem is the counter-majoritarian difficulty³⁰. The Court's role is to sustain the belief that the people govern themselves through law. The constitution is whatever is required to sustain this belief.

²⁹ The accusation will of course be made by both sides. The Dobbs majority criticized the Roe decision as unaccountable politics, which is exactly what the dissent said of the majority in Dobbs itself. Each side was voicing the belief of a substantial faction of citizens.

³⁰ See A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, Ch. 1 (arguing that the Court must persuade a majority of the citizens to accept its decisions—or it must yield to the democratic majority).

IV. PATTERNS OF THE SOCIAL IMAGINARY

Because every interpretation derives its authority from the text, none has any more authority—as a reading—than its competitors. Authority to say what the law is comes from a different direction: it is the power of the sovereign to decide. Robert Cover called this power to decide a “juristpathic” force, for its function is to terminate the jurisgenerative quality of interpretation³¹. Two different interpretations of King Lear can go forward in simultaneous performances. There is no need to decide between them. In law, we often need a decision.

Yet, we must not think of sovereign power in a democratic order as if it were located in a particular institution. We are not looking for the modern analogy to the king. The fundamental commitment in a democracy is that the people are sovereign. The people have no permanent site. A democracy is a system of government in which sovereign power circulates in and through contests of representation. Sovereignty, no less than law, is a product of interpretation and persuasion. Habits of obedience may make us forget that sovereignty too is an interpretive practice that succeeds only when it persuades.

Whoever claims the power to decide, claims to speak as the popular sovereign. In American history, such claims to speak in the sovereign voice have been made by all three branches of government, by the states, by political movements, and by individuals. Each tries to naturalize its own claims, as in the Supreme Court’s famous statement in *Marbury v. Madison* that the judicial role is to say what the law is. That is their role, however, only as long as they can persuade the nation that they speak in the voice of the people.

The judicial opinion, accordingly, is doing two things at once. It is working in the dimensions of legality and legitimacy. It retains the sovereign power to decide the law only so far as it is successful in the latter.

It is not easy to produce or to maintain narratives of popular sovereignty. Imagine a reporter who obtained access to a draft of the constitution produced in Philadelphia in 1787. He finds a document that begins with the words, “We the people.” Who can claim to write in this voice? A small group of privileged white men meeting in secret in Independence Hall? It is easy to write, “We the people.” It is difficult to persuade an audience that they are hearing the voice of the people. Had the draft failed in the state ratifying conventions—surely a possible outcome—no one would have said “the people” had lost the vote to some other agent. Rather, the draft’s attribution of authorship would have been seen as a fiction.

The success of American constitutionalism is the movement from fiction to history. Again, this is the constituting work of the constitution. The people exist as a historical force only as long as they hear the claim of the political. To hear that claim requires belief in narratives that give an account of what the popular sovereign as a collective agent has done. These narratives of popular sovereignty generally take two forms: project and system³². Here, too, we find an analogical extension of Western monotheism—specifically its accounts of creation and providentialism.

Of a project, we ask who its author is and what design he or she has in mind. Projects address problems through the choice of a plan and a method of

³¹ R. M. COVER, “Foreword: Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review*, 1983, 97, 4, 40.

³² See P. W. KAHN, *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination*, New Haven, Yale University Press, 2019, p. 1-6.

implementation. We measure means against ends, because the ends are representations that precede the work of the project and guide its realization. The project imagination gives us arguments from design, including a classic proof of the existence of God. Observing order, the narrative task of a project is to identify the author, the design, and the reasons for producing order in this way. Interpretive controversy can arise over any of these points.

Sometimes, we know the author of the project apart from the product. A legislature is like this; I can visit it without knowing anything about its legislative output. Sometimes, I only know the author through the product. Finding a text without an author's name attached to it, I nevertheless imagine an author. For those who accept the argument from design, God is like this. So, too, are the sovereign people when they are imagined as the author of the constitution. We cannot visit the sovereign people as we can the legislature. Our only access is through the constitution of which we imagine them to be the author.

Narratives of system, on the other hand, imagine order without an author. Forget about the argument from design and think about an organism or markets. Systemic order is not imagined before it is deployed; it exists nowhere but in the phenomena that bear the order. Its origin is immanent; its appearance is spontaneous.

A system has identifiable principles—for example, legal norms— but those principles were not themselves the product of an intentional act. In a project, the idea of order precedes the facts; in a system, we discover the idea of order only among the facts. Projects produce products; systems reproduce themselves. To build and to grow are different organizations of temporal accounts. Think of the difference between legislation and the common law.

In a curious coincidence of history, 1776 marks the transformation of both project and system from theological to social accounts. Project had been the narrative of creation; system had been that of providentialism and theodicy. In 1776, both project and system take on a human scale. The American Declaration of Independence announces that politics can and should be a project. When a government fails to achieve the ends for which it is designed—life, liberty, and the pursuit of happiness—it can be abandoned and made anew. Constitutional construction becomes the most important human project—so much so that the idea of freedom is deeply politicized: we are free when we are self-governing, and we are self-governing when we are the authors of our own laws.

Yet, 1776 is also the year that Adam Smith published the *Wealth of Nations*. The market is the paradigm of a social system, and economics is the first science of the social. Smith describes those immanent principles of order that emerge spontaneously as individuals pursue their natural inclination to “truck, barter, and trade”. An economy displays lawful regularities—but they are not the product of a project. The remnants of project thinking—creationism—survive now only in the metaphor of the invisible hand.

The narrative of popular sovereignty in American life moves generally along the path from project to system over the course of the 19th century. Our earliest constitutionalism was a narrative of project. Revolution was imagined as the direct presence of the popular sovereign. That presence signals a legal indeterminacy in which existing claims of legal authority fail and new projects of law-making become possible. Revolutionary indeterminacy ends with the completion of a new project of law production, that is, with the making of the constitution.

The constitutionalism of project represents the author as an intergenerational, collective subject—We the People—that has always already acted to produce a legal text. The legitimacy of that project depends upon our continued identification with the popular sovereign who authors the law. There is, accordingly, a complicated relationship between the writers of the constitution and the authors of the project. The writers are only drafters, as a law clerk might draft an opinion for a judge. It is not the clerk’s opinion, because it is not his project. This is true even if he wrote every word of the opinion.

The project narrative, accordingly, demands a civic faith in participation in the popular sovereign. Absent this faith, constitutionalism can appear as someone else’s project. That “someone else” can be the founders or the Justices. Neither has legitimate authority to impose their projects upon us. We have not agreed to be governed by dead white men or Supreme Court Justices.

Alongside of this narrative of the people’s project there arises in the late 19th century a systemic account of the life and locus of the popular sovereign. On this account, American history has been a process of self-realization. The nation has been realizing the fullness of its own form by growing into itself. Its history has been its “manifest destiny”. The popular sovereign, on this view, has no place prior to or apart from the law.

To understand law, from the systemic point of view, we must look to what it is becoming. We focus on function, not design. This is the American people not as an agent who adopted a project, but as a living, national spirit working out its own meaning through cases and controversies. Think for example of a case that raises an issue of freedom of speech. Lawyers are trained to address the issue by looking to the precedents to find the immanent law of freedom of speech. The cases are understood not as an arbitrary collection of judicial decisions, but as the working out of the proper role of free speech in a democratic state. That immanent order is the law of free speech, which is a set of principles Americans are asked to support and defend as their own.

Accordingly, popular sovereignty on the systemic view is not located in a subject that steps in and out of history, but in the beliefs that constitute a common public opinion that lives in and through the rule of law. Self-government is less like a craft and more like a language: a language exists in the common usages of a people. If they stop speaking, the language dies. There is not some transcendent subject that provides language from outside. To imagine such a subject is to engage in mythological thinking; it is to reify as subject that which exists only as a network.

By the end of the 19th century, the systemic narrative of law brought together ideas of science, markets, civilization, and Christianity. Adopting the systemic perspective, Americans believed they stood at the “end of history”—that is, they had adopted an alternative myth of their own unity. Of course, not all Americans believed this. Many, including women and minorities, experienced legal order as subordination and coercion—that is, as someone else’s project.

These double narratives of popular sovereignty are the constituting work of the constitution. They are the resources available to the Court to move from legality to legitimacy. Belief in the popular sovereign can point to a transcendent source of creation or to an immanent presence. The Western god has always had this dual aspect. The viral character of the social imaginary reproduces this double character of sovereignty as it constitutes a political order that is both a gift we give to ourselves and home we find ourselves already occupying.

The rule of law as the coincidence of legality and popular sovereignty cannot survive the withdrawal of either form of faith. Absent belief in the project as our own, we find ourselves subjects of someone else's project. Absent belief in the system, analogical reasoning fails and we lose our way. Both of these beliefs have fractured today.

V. COLLAPSE OF BELIEF

The political can fall apart quickly or deteriorate slowly. More likely, it will gradually decline, without notice, until it reaches a point at which collapse is quick and noticed by everyone. American constitutionalism has followed this pattern: a steady decline and then a burst of destructive energy explicitly expressed in last year's *Dobbs* decision overruling *Roe v. Wade*. That decision was simultaneously shocking and expected.

Dobbs, on my account, signifies the end of a world. It is the moment at which we can see clearly that the constitution no longer does its constitutive work. Some will say that law has never been anything other than politics by other means. *Dobbs*, for them, has the virtue of making this clear. The consequence, they hope, will be to move politics back to the domain of elections, where the voters—not a court—will make the decisions. There will be winners and losers, just as there have always been. But politics without the political is likely to deepen our polarization.

Dobbs has about it the feel of raw power and the intoxication of victory. Labelling *Roe* an “egregious error”, the Court's majority would eliminate *Roe* from constitutional memory. Pursuit of an egregious error could only have been in bad faith. This is not the language of friendship. It is quite at odds with *Roe*'s own respectful acknowledgement of difference and the subsequent case law that tried to negotiate a middle position in the dispute over abortion.

Dobbs marks a victory for one side in a very long battle. To lay the map of the Confederate states of 1860 over the map of those states now enacting total or near total bans on abortion is to experience a shock: all of the states of the confederacy fall on the new map. Our new civil war, in short, looks a good deal like our old one. Women rightly wonder if their bodies are a new instantiation of the slave body: a site for the display of power in which protection of fetal life is only a symbol of cultural power. The collapse of Jim Crow—the legal system of black subordination that replaced slavery—did not occur until the Civil Rights Acts of the 1960s³³. *Roe* was decided in 1973. It took only a few years to substitute the women's body for the black body in support of a politics of resentment directed at the increasingly progressive direction of national institutions.³⁴

The constitutional expression of this resurgence of Civil War division was the rise of originalism: the same method of constitutional interpretation deployed in the 1857 decision, *Dred Scott*, holding a black person could not be a citizen³⁵. Returning to originalism, the Court speaks as if the problem of legitimacy is that

³³ See, e.g., J. M. HAYTER, *To End Divisions: Reflections on the Civil Rights Act of 1964*, 18 RICH. J. L. & PUB. INT. 499, 2015, p. 501-502 and J. K. GOLDSTEIN, *Constitutional Dialogue and the Civil Rights Act of 1964*, 49 St. Louis U. L.J., 1095, 2005.

³⁴ See R. SIEGEL, “The History of History and Tradition: The Roots of *Dobbs*'s Method (and Originalism) in Defense of Segregation”, *Yale Law Journal*, 133, forthcoming 2024.

³⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 407 (1857) (“It becomes necessary, therefore, to determine who were citizens of the several States when the Constitution was adopted.”).

of judicial subjectivity: on what can the Justices rely, if the text has no single, objective meaning? Where can that objective meaning be found, if not at the site of the text's original presentation to the public? Only a Court that no longer believes that the Constitution constitutes worries about objectivity in this way.

Dobbs relies on a concept of truth that substitutes objectivity for legitimacy, as if law could be a science. But there is no science of an interpretive practice; there is only mutual commitment to a practice of reason giving, and a faith in the political. The real question for the Court is “why choose to follow an interpretive practice of originalism?”

That originalism falls outside of the systemic imagination is not only obvious but is its very point. The systemic imaginary puts precedent at the center of the rule of law. The truth of law on this account is nothing apart from the immanent order working itself out in and through the cases, including *Roe* and its progeny. The originalist intervention of Dobbs ends 50 years of doctrinal development. More than that, *Roe* was tied architecturally to multiple areas of doctrine beyond women's rights, including the dramatic expansion of gay rights in recent decades. Remove one stone and the entire edifice is at risk—a risk of which the Court is very much aware³⁶.

Dobbs appears to reject the systemic imagination of popular sovereignty in order to reclaim the project imaginary. Originalism, however, is a pathological form of the project imaginary, for it makes no effort to persuade citizens that the voice of the Founders' generation is that of “We the People.” Originalism simply ignores the legitimacy problem that attaches to the constitutional project: to identify a transgenerational, transcendent source of law that expresses our collective agency. Absent that faith in the popular sovereign, originalism appears as an arbitrary—that is, undemocratic—reliance on the work of a small group of dead white males with only an external, causal relationship to contemporary citizens.

Absent belief in the intersection of the rule of law and popular sovereignty, we have no compelling explanation for the power of the Court. Indeed, absent belief in the political, the court is an illegitimate institution in a democratic order. It does not matter how closely it tries to bind itself to an earlier generation's project, for it must first persuade us that the project is our own. The Court's failure to persuade can be measured in the withdrawal of popular trust in the institution³⁷. A pretense of objectivity will not fill the place of a lost legitimacy.

No less than anyone else making legal claims, the judge has the burden of persuading us. Absent persuasion, a court asserts legality without legitimacy. Doing so, it closes down the constitutional world. We are left with the bits and pieces of legality that no longer make sense. This form of power without friendship is inseparable from the threat of violence that accompanies populist authoritarianism. Originalism as a constitutional doctrine is the theory of which the January 6 insurrection is the practice.

³⁶ *Dobbs*, 142 S. Ct. at 2301 (J. THOMAS, concurring) (“For that reason, in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*. Because any substantive due process decision is “demonstrably erroneous,” we have a duty to “correct the error” established in those precedents) (Citations omitted). (Citations omitted).

³⁷ See e.g. J. M. JONES, “Supreme Court Approval Holds at Record Low”, *Gallup*, 2023 [Online: <https://news.gallup.com/poll/509234/supreme-court-approval-holds-record-low.aspx>].

Paul Kahn

Paul W. Kahn is the Robert W. Winner Professor of Law and Humanities at Yale Law School, where he directs the Orville H. Schell Center for Human Rights. He received his Ph.D. in Philosophy from Yale University, and his Juris Doctor (JD) from Yale Law School. From 1980 to 1982, he clerked for Justice White on the U.S. Supreme Court. Before joining Yale in 1985, he practiced law in Washington D.C., where he represented Nicaragua at the International Court of Justice. He teaches in the fields of constitutional law and theory, international law, cultural studies and philosophy. He has written extensively on constitutional law, political theory, and cultural studies. His latest publications are *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination* (Yale University Press, 2019), *Testimony* (Cascade Books, 2021), and *Democracy in America* 2020 (Yale University Press, 2022).

IV. Varia

Un exemple de théorie américaine du droit appliquée : une opinion judiciaire de Jerome Frank, juge de la cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit

PRÉSENTATION

La réputation de Jerome Frank précède et, souvent, dispense de la lecture de l'œuvre. Les critiques et caricatures à l'origine de cette réputation sont de deux types : une critique plus ou moins popularisée, et une critique issue des milieux intellectuels contemporains de Frank lui-même. En quoi cette réputation consiste-t-elle ? Frederick Schauer la résume dans son ouvrage, *Penser en juriste*¹ : « Pour Frank, les caractéristiques personnelles du juge comptaient et Frank aurait accepté l'idée que la mauvaise humeur du juge en raison de la trop haute température de la pièce ou d'un mauvais petit-déjeuner pouvait influencer sur la décision. » À cette critique populaire, qui assimile Frank à l'exemple du juge qui prend ses décisions en fonction de son petit déjeuner, viennent s'ajouter d'autres critiques formulées par les philosophes et théoriciens du droit contemporains de Frank. Parmi les reproches qu'ils formulent envers Frank, on trouve, pêle-mêle : un intérêt trop marqué pour la psychanalyse de Freud et la psychologie de Piaget, un supposé mépris pour la logique et les sciences sociales, le scepticisme quant à l'efficacité de la règle de droit, le renoncement, supposé lui aussi, à toute perspective normative, le supposé relativisme épistémologique, juridique et éthique.

Les réactions contre *Law and the Modern Mind* et contre le réalisme juridique provenaient de deux directions. Un groupe d'auteurs s'insurgea contre la suffisance du réalisme et tenta de réaffirmer la primauté de la règle de droit. Roscoe Pound, Mortimer Adler, Morris R. Cohen, John Dickinson, et Hermann Kantorowicz tentèrent vaillamment de restaurer la foi dans l'efficacité du droit. D'autres critiques contestèrent le relativisme du réalisme. Robert Hutchins, Jerome Hall, Leon Fuller et Felix Cohen s'attaquèrent à la subjectivité éthique du réalisme et à ses lacunes en matière de théorie des valeurs. Un renouveau du droit naturel s'exprima pour condamner le réalisme comme une faillite morale.²

¹ F. SCHAUER, *Penser en juriste, Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, 2018, p. 134.

² R.J. GLENNON, *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact on American Law*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1985, p. 53-54. Dès *Law and the Modern Mind*, Frank avait clairement identifié l'hypothèse psychologique comme un facteur, parmi d'autres, d'incertitude juridique, qu'il ne pouvait pas prétendre expliquer à lui tout seul. Voir J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (USA), London (UK), Transaction Publishers, 1930, p. 391 : « D'un auteur qui présente une explication partielle comme s'il s'agissait d'une explication exhaustive, l'on pourrait bien dire, si l'on devait proposer une explication partielle de sa conduite, qu'il est

Roscoe Pound, penseur fondamental de la *sociological jurisprudence*³, critiqua le réalisme juridique et Jerome Frank en particulier, sans le nommer, en reprochant à ce courant de théorie du droit de renoncer à toute perspective normative pour se contenter de décrire le droit tel qu'il était, avec ses défauts, sans prétention de les corriger.

Il [Pound] identifia cinq caractéristiques communes au réalisme : la foi accordée à quantité de données aux significations indépendantes les unes des autres ; la croyance dans la possibilité de se fonder uniquement sur une seule approche méthodologique (par exemple, l'approche psychologique) ; une confiance dogmatique accordée aux prémisses psychologiques ; l'insistance sur les cas individuels par opposition aux principes généraux ; et une conception du droit qui faisait de celui-ci un instrument au service du monde des affaires incapable de prendre en compte les grandes fins sociales⁴.

Le juge Jerome Frank n'aurait été qu'un praticien démystificateur de mythes, passionné de psychanalyse, auquel on en vient à refuser le titre de philosophe du droit. L'hypothèse n'en demande cependant pas moins à être nuancée lorsque l'on accepte de ne pas limiter son attention au versant négatif et critique de Frank, pour prendre en compte le versant positif de son travail, que la doctrine a souvent tendance à négliger. Du strict point de vue de son versant négatif, le travail frankien relève d'un questionnement perpétuel. Frank pose bel et bien inlassablement une question qui en fait, peut-être, l'un des chefs de file du réalisme juridique américain : les procédés académiques et traditionnels du raisonnement juridique déterminent-ils réellement les décisions judiciaires ou ceux-ci ne constituent-ils que des procédés de justification *a posteriori* qui dissimulent des moyens extrajudiciaires de prise de décision ? Néanmoins, l'analyse de Frank ne s'arrête pas là et la caricature de cette position ne doit pas masquer le projet positif global de Frank ; un projet de réforme du système juridique américain et de formation des professionnels du droit. Le versant négatif et le versant positif s'articulent étroitement chez ce penseur qui est à la fois un philosophe et un praticien. C'est qu'en réalité, comme chez tout bon pragmatiste, théorie et pratique sont étroitement liées. Ce projet réformiste frankien se fonde sur le constat d'erreurs judiciaires, dont les plus lourdes conséquences sont à chercher dans le droit pénal et que Frank recense dans son ouvrage intitulé *Not Guilty*⁵. Ce projet de réforme articule en son sein une méthodologie et une liste de problèmes techniques précis qui prennent sens sur le fond d'une philosophie de la liberté.

Qu'en est-il de la méthodologie ? Frank s'efforce dans *Law and the Modern Mind* et dans *Courts on Trial* d'élaborer ce qu'il appelle un « scepticisme constructiviste », qu'il distingue certes de l'absolutisme juridique, mais aussi du « scepticisme quant aux règles » et de l'empirisme juridique dans le but de poser et résoudre des problèmes extrêmement précis tels que : l'établissement des faits en première instance, les rapports de la psychologie et du droit, la valeur de la *common law*, le rôle des fictions juridiques, la pertinence de la règle des précédents,

déterminé par des émotions infantiles. Et, de la même manière, l'on pourrait formuler la même appréciation à l'égard des critiques qui persistent à ignorer l'insistance d'un auteur sur le caractère seulement partiel de l'explication qu'il expose. »

³ Pour une présentation de la *sociological jurisprudence*, voir F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2000 p. 37 sq.

⁴ R. J. GLENNON, *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact on American Law*, op. cit., p. 54.

⁵ Voir Judge J. FRANK, B. FRANK, *Not Guilty*, New York, Doubleday and Company, Inc., Garden city, 1957.

la question des opinions judiciaires, le rôle du jury et de la codification. Autant de problèmes qui conduisent Frank à se positionner face à la tradition (Holmes), à ses adversaires (Beale), aux membres de l'école de la *sociological jurisprudence* (Cardozo, Pound, Frankfurter) et aux partisans mêmes de la constellation des réalismes juridiques américains (Llewellyn, Bingham, Cohen, Arnold, Cook, Corbin, Oliphant, Yntema, entre autres).

L'application de cette méthode sceptique et de cette problématisation réaliste s'articule sur le fond d'une philosophie de la liberté et d'une théorie politique propres développées respectivement par Frank dans *Fate and Freedom: A Philosophy for free Americans* et dans *Save America First: How to Make Our Democracy Work?* Cette philosophie de la liberté se construit contre le déterminisme que Frank fait dériver des travaux de Hegel, Marx et Freud. Il existe en Amérique et en philosophie américaine une confiance dans l'action, libre, individuelle et collective, qui doit permettre de mener des réformes mélioratives du monde contre toutes les interprétations déterministes et fatalistes. Du point de vue politique, la convergence réaliste-réformiste a, de plus, su trouver son sens sur le sol américain dans le contexte du *New-Deal*, comme devait le prouver, par ailleurs, la nomination par le Président Roosevelt de Frank à la Cour fédérale d'appel pour le deuxième circuit. Frank fut nommé juge en appel au printemps 1941. Nomination qui ne fut pas sans retentissement :

Son [...] élévation au siège [...] fut [...] quelque chose comme un coup d'État présidentiel. Ce fut peut-être [...] sa nomination [la nomination de Frank par Roosevelt] la plus heureuse [...]. [Elle] pourrait ressembler au choix d'un hérétique pour occuper la fonction d'évêque de l'Église de Rome ⁶.

Jerome Frank exerça en appel jusqu'à sa mort en 1957, après avoir été avocat, administrateur et enseignant. Dans quelle mesure cette longue carrière, si diversifiée, de praticien qui théorise sa pratique lui fournit-elle les occasions nécessaires pour articuler la théorie et la pratique, ainsi que les versants positif et négatif de son travail ? À chaque stade de cette carrière, que ce soit au moyen de ses plaidoiries en tant qu'avocat, au moyen de ses rapports et exposés lorsqu'il dirigeait la *Securities and Exchange Commission*⁷, au moyen de ses cours, aux sujets et à la pédagogie si particuliers, qu'il délivra à Yale⁸, ou au moyen de son activité de magistrat, Frank sut trouver les instruments nécessaires pour non seulement exposer, mais aussi, dans une certaine mesure, mettre en pratique sa pensée, tout en respectant les limites imposées par ses divers cadres professionnels successifs. Néanmoins, c'est peut-être pendant la période qu'il passa à la Cour fédérale d'appel pour le deuxième circuit que Frank réussit à articuler le plus étroitement les diverses dimensions, théorique, pratique, descriptive, prescriptive, de sa philosophie du droit pour la mettre en application, grâce au système des opinions judiciaires.

⁶ W. SEAGLE, « Review of *If Men Were Angels* », in *Virginia Law Review*, XXIX, 1943, 664, cité par W. E. VOLKOMER, *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, The Hague, Nijhoff, 1970 p. 18.

⁷ Frank fut nommé à la *Securities and Exchange Commission* en 1937 et la dirigea de 1939 à 1941. Dans *If Men were Angels, Some aspects of Government in a Democracy* (New York, Londres, Harper and Brothers Publishers, 1942), il se fit le défenseur des agences administratives créées par l'Administration Roosevelt.

⁸ Pour avoir une idée de l'enseignement délivré par Frank à Yale entre 1946 et 1957, voir L. KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Clark, Lawbook Exchange Edition 2010, p. 166-167.

Pendant sa carrière au sein de cette juridiction, il rédigea plus de 700 opinions judiciaires, dissidentes et concordantes. Ces opinions sont souvent originales à deux titres : au premier titre, parce qu'elles permettent à Frank de diffuser ses recommandations en matière de réformes judiciaires, qu'il appuie sur les thèses de la philosophie originale du droit qu'il a développée dans ses ouvrages. Au deuxième titre, parce que Frank n'hésite pas à sortir du carcan rédactionnel judiciaire pour mobiliser l'humour, la littérature, et les apports des sciences sociales, qu'il préfère appeler « arts sociaux ». Que ce soit sur le fond ou sur la forme, qu'il s'agisse des analyses ou du style dans lequel elles se déploient, les opinions judiciaires de Frank reprennent donc largement la philosophie développée dans les ouvrages de leur auteur et constituent un mode de diffusion de sa pensée. En bon pragmatiste, qui se revendique de Dewey et de James, la philosophie du droit doit selon Frank produire des effets dans le droit. Il articule donc ses fonctions de juge et de philosophe pour produire philosophiquement des effets juridiques à travers la rédaction d'opinions ciselées. Aussi n'est-il par rare de lire des opinions de Frank dans lesquelles, nonobstant le problème apparemment technique, pour ne pas dire techniciste qu'elles traitent, le lecteur a l'impression de retrouver tout Frank ou presque. C'est certainement pour ce motif que Barbara Frank Kristein, la propre fille de Jerome Frank, a choisi d'intégrer dans l'anthologie qu'elle compose en mémoire de son père, en plus d'articles et de chapitres d'ouvrages, une vingtaine d'opinions judiciaires, afin d'illustrer les portées tant théorique que pratique (mais, peut-on distinguer les deux pour un pragmatiste ?) du travail de son père, dont la doctrine prétend qu'il fut le juge qui obtint le plus grand nombre de fois gain de cause auprès de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique.

Au sein de celles-ci, les opinions dissidentes revêtent une importance tout à fait particulière. Elles sont pour Frank l'instrument qui lui permet d'exprimer son désir de réforme en même temps que sa fidélité à la Constitution et à l'autorité des précédents. Les rôles du juge et du philosophe s'articulent, certes, mais ne se confondent pas.

L'opinion dont nous proposons ici une traduction paraît à cet égard tout à fait significative. *États-Unis contre Rubenstein* traite d'un problème technique, voire intrajuridictionnel, de procédure pénale : la Cour d'appel pour le second circuit peut-elle légitimement se prévaloir de sa doctrine propre de l'erreur non préjudiciable ? La majorité des collègues de Frank s'était prononcée pour rejeter l'appel d'un avocat qui arguait que le jury de première instance avait pris en considération pour le condamner des témoignages qui n'étaient pas admissibles, parce qu'ils se rapportaient à d'autres infractions que celle pour laquelle il était jugé. Selon la majorité des membres de la cour d'appel du deuxième circuit, les témoignages en question n'étaient que des éléments additionnels, qui ne modifiaient en rien la force probante des témoignages relatifs à la commission de l'infraction qualifiée par le procureur. Ils relevaient donc de l'« erreur non-préjudiciable » et, en tant que tels, ne devaient pas motiver l'annulation de la condamnation de première instance, qui fut donc confirmée par la cour d'appel. Frank s'oppose à ce raisonnement en employant deux arguments ; le premier, doctrinal, le second, conséquentialiste.

Selon le premier argument de Frank, cette doctrine de l'« erreur non-préjudiciable » est une création prétorienne propre à la cour d'appel du deuxième circuit et ne correspond en rien à la doctrine de la Cour suprême des États-Unis et des autres circuits. Au nom de la cohérence du système juridique américain et de l'autorité des précédents, elle ne saurait donc être admise. Selon le deuxième argument, l'application de cette doctrine revient à priver la défense de

son droit de bénéficier d'un procès devant jury, droit reconnu par la Constitution des États-Unis. Plutôt que de mettre en œuvre, à coups de confirmations de condamnations, une annihilation indirecte du droit au procès devant jury, il vaudrait mieux conseiller aux citoyens américains de demander un amendement constitutionnel de ce droit. À défaut, la cour d'appel pour le second circuit se substitue au jury et au corps législatif.

Comment Frank parvient-il à soutenir cet argumentaire ? En mobilisant en grande partie la philosophie du droit qu'il a développée dans *Law and the Modern Mind*, l'ouvrage publié en 1930, et qu'il développera inlassablement par la suite, que ce soit dans *Courts on Trial* ou dans ses articles. Cinq grands thèmes frankiens transparaissent ainsi dans *États-Unis contre Rubenstein*, que nous présenterons rapidement : (1) le scepticisme quant aux faits et la critique du procès devant jury ; (2) le statut des fictions judiciaires ; (3) la conception polémique ou sportive du procès ; (4) le problème de l'écriture judiciaire et (5) le rôle éducatif des cours d'appel.

I. LE SCEPTICISME QUANT AUX FAITS ET LA CRITIQUE DU JURY

Cette perspective apparaît explicitement, citée entre parenthèses dans *États-Unis contre Rubenstein* :

La vérification des véritables faits d'une affaire, même dans les meilleures circonstances, n'est pas autre chose qu'une conjecture ou qu'une hypothèse : parce que ce processus implique des événements qui se sont produits dans le passé, celui qui établit les faits ne se fonde que sur les récits d'autres personnes. Cela signifie que « l'établissement des faits » repose sur les hypothèses de l'enquêteur à propos de la vérité et du degré de précision de ces récits [...] ⁹.

Le thème de l'établissement des faits constitue le thème fondamental de la philosophie juridique de Frank, exposé comme tel dans *Law and the Modern Mind*, mais, malheureusement, souvent éclipsé par la critique qui reproche à Frank son recours à la psychanalyse freudienne. Le réalisme factuel et le problème de l'établissement des faits en première instance constituent la thèse massive de Frank en philosophie du droit, présente dès les articles universitaires les plus anciens¹⁰. Si Frank ne refuse pas l'étiquette de réaliste, il lui préfère explicitement celle de sceptique et distingue son scepticisme de celui d'autres auteurs, comme Cardozo ou Pound, y compris d'autres auteurs réalistes, comme Llewellyn.

A. Typologie frankienne des scepticismes réalistes

Le réalisme américain désigne moins une école qu'une constellation de penseurs que l'on peut, d'après Frank, distinguer en deux groupes distincts. Là où beaucoup de réalistes concentrent leur attention sur les règles et cherchent à déterminer les conditions de validité des processus de détermination des règles de droit

⁹ J. FRANK, *United States v. Rubenstein*, 151F. 2d 915 (1945) repris dans l'anthologie de B. FRANK KRISTEIN, *A Man's Reach, The Philosophy of Judge Jerome Frank*, New York, The Macmillan Company, Collier-Macmillan Limited, London, p. 320-321.

¹⁰ Pour le problème de l'établissement des faits en première instance, voir J. FRANK, « Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking », *Cornell Law Review*, 17, 568 ; *Id.*, *Law and the Modern Mind*, op. cit., rééd. 2009, *Appendix II, Notes on Rule-Fetichism and Realism*, p. 283 ; *Id.*, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949, chap II, « Facts are Guesses », p. 14.

applicables, quitte à distinguer des typologies de règles¹¹, Frank considère que l'établissement des faits constitue le point faible de la connaissance humaine en général et du processus judiciaire en particulier. Il regrette donc que le terme de « réalisme juridique » soit employé sans discernement pour provoquer des amalgames confus. Ces précisions terminologiques reviennent à plusieurs reprises au sein du corpus. Par exemple, dans *If Men were Angels*, manifeste du *New Deal* au sein duquel Frank s'applique à défendre les agences administratives mises en place par Roosevelt :

Là, l'auteur [Frank parle ici de lui-même] disait que l'étiquette « réalisme juridique » était malheureuse ; et observait qu'elle avait été employée pour décrire une révolte contre « le pseudo-rationalisme traditionnel » ; et suggérait, comme étiquettes préférables, celles de « scepticisme constructiviste » ou d'« actualisme juridique », ou d'« observationnalisme juridique », ou de « modestie juridique¹² ». Et le mot « réalisme » était ambigu, ayant trop de significations. En 1933, l'auteur suggérait que les « réalistes » pourraient être renommés « expérimentalistes »¹³.

Il existe donc une pluralité de réalismes juridiques américains et le tronc commun ne doit pas cacher l'ensemble des divergences et des oppositions. À la différence des sceptiques quant aux règles (*rule-skeptics*), c'est-à-dire les réalistes qui font porter la critique sceptique sur la règle de droit, Frank, pour sa part, entend développer un scepticisme constructiviste, qui porte sur les faits (*fact-skepticism*).

B. L'importance des juridictions de première instance

À la différence de bon nombre de ses collègues, Frank voit dans le jugement en première instance l'élément le plus important du système judiciaire américain. Pourquoi ? Parce que les juges de première instance ont pour fonction non seulement de déterminer et d'appliquer la règle de droit légitime mais, surtout, d'établir les faits. L'établissement des faits constitue en même temps l'élément essentiel et le point faible du système judiciaire. Il ne relève pas d'une science mais d'un art, qui nécessite expérience, formation et connaissance, par le juge, de ses propres partis pris et préjugés. Le processus d'établissement des faits est à la fois stratégique et faillible pour Frank. Les systèmes juridiques l'ignorent et le négligent la plupart du temps et sont donc soumis à ce que Frank appelle le mysticisme de la règle de droit :

Car Dickinson, comme Gray insistent pour soutenir que le droit consiste entièrement dans les règles que les tribunaux développent. Et il insiste aussi pour soutenir que ces règles élaborées par le juge font « autorité ». Le terme de droit, dit-il, ne doit pas « être élargi au point d'inclure les processus qui relèvent nécessairement d'un caractère discrétionnaire ; il faut maintenir une distinction entre les règles et le discernement qui accompagne l'élaboration et l'application des règles¹⁴.

¹¹ Voir K. N. LLEWELLYN, « The Bramble Bush », in *On Legal Realism*, Birmingham, The Legal Classics Library, 1986, p. 11 : « [...] les règles de droit étaient importantes dans la mesure où elles nous fournissent un guide vers ce que les officiels feront ou vers la façon dont nous pourrions leur faire faire quelque chose. Et ensuite je vous ai présenté quelques-unes des principales divisions du sujet dont traite le droit : celle du droit essentiel et de la procédure d'un côté, celle du droit public et du droit privé de l'autre. »

¹² J. FRANK, *If Men were Angels*, op. cit., p. 277.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Appendix II, *Rule-Fetichism and Realism*, op. cit., p. 285.

Quel que soit le système juridique, les règles de droit, qu'il s'agisse des règles essentielles ou des règles de procédure, ne garantissent pas les résultats des litiges¹⁵. L'établissement des faits est le point faible du processus judiciaire et de la théorie du droit. Pourquoi ? Parce qu'il arrive que « la détermination judiciaire des faits puisse bien ne pas correspondre aux faits réels¹⁶. »

C. Phénoménologie frankienne de l'établissement des faits

Pour étayer son propos, Frank propose une petite phénoménologie de l'établissement judiciaire des faits :

Les tribunaux établissent les faits en réagissant aux histoires racontées par les témoins qui sont souvent faillibles : (1) dans leurs observations originales des faits quand ils se sont produits, (2) dans leurs souvenirs de leurs observations initiales, (3) dans leurs comptes rendus, leurs témoignages à propos de ces souvenirs. Ainsi, les témoignages des témoins sont imprégnés de subjectivité. Le juge, en tant qu'« établisseur » des faits, est aussi humainement faillible. Son « établissement » provient de ses réactions faillibles, subjectives devant les témoignages. Ses réactions dérivent de tous les éléments de sa personnalité, qui inclut non seulement son bagage culturel, ses attitudes économiques, sociales, politiques, mais aussi beaucoup de ses particularités cachées, inscrutables, ses préjugés inconscients pour ou contre les témoins – par exemple, une réaction plus ou moins marquée devant les femmes, les femmes non-mariées, les hommes roux ou bruns, les hommes agités, les catholiques, les Juifs, les Polonais ou les Irlandais. Ses « établissements » des faits résultent, alors, de ses réactions subjectives aux réactions subjectives des témoins des faits réels, qu'ils prétendent avoir observés¹⁷.

Par conséquent, l'établissement des faits et les problèmes qu'il pose viennent limiter la portée et l'efficacité du droit pour le praticien et pour le théoricien réaliste. Pourquoi ? Pour trois raisons. Premièrement parce qu'il implique un élément de discernement, personnel ou collégial, selon que la décision est celle d'un juge unique ou d'un jury, qui n'est orienté par aucune règle. Deuxièmement, parce qu'un établissement erroné des faits, qui peut bien ne pas transparaître dans le texte d'une opinion, voire ne transparaître nulle part dans le cas d'une décision non motivée par la juridiction, annule en réalité l'application de la décision. Il est tout aussi injuste d'appliquer la mauvaise règle aux bons faits que d'appliquer la bonne règle aux mauvais faits. Troisièmement, parce que cette subjectivité radicale de l'établissement des faits en première instance ne pourra pas être renversée en appel puisque la cour d'appel, dans le système américain à l'époque de Frank, reprend à son compte l'établissement des faits effectué en première instance. Elle se fonde sur les rapports du ou des juges de première instance en matière d'établissement des faits. Deux conséquences s'ensuivent. Premièrement, les faits tels qu'ils sont établis en première instance ne sont pas autre chose que des hypothèses. Deuxièmement, l'on ne saurait confier cette opération délicate et essentielle, l'établissement des faits, à un jury, c'est-à-dire au groupement aléatoire de personnes, qui ne sont pas formées pour cette opération. Ici, Frank, au nom de son scepticisme quant aux faits, s'attaque à un élément majeur de la culture américaine en matière de procédure pénale puisque le recours au jury pour connaître l'ensemble des crimes est garanti par l'article III de la *Constitution* des États-Unis.

¹⁵ J. FRANK, « Civil Influences on the Common Law—Some reflections on “comparative” and “Contrastive” Law », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104., n° 7, May 1956, p. 897.

¹⁶ *Ibid.*, p. 899.

¹⁷ *Ibid.*

La fiction de la certitude juridique, le fétichisme de la règle de droit ont pour corolaire l'éloge abusif du jury. En effet, la théorie traditionnelle distingue le travail du juge et celui du jury. Le juge aurait pour mission de déterminer la règle de droit et le jury aurait pour mission de déterminer les faits.

Si la pratique suivait la théorie, dit Frank, le juge demanderait aux jurés de déterminer les faits à partir des preuves et des témoignages particuliers :

Pensez-vous, d'après les preuves, que Jones est tombé dans la cage d'ascenseur et s'est cassé la jambe ? Croyez-vous, d'après les preuves que Smith a averti McCarthy qu'il y avait un puits de pétrole à l'endroit en question ? Croyez-vous, d'après les preuves, que Robinson a accepté d'épouser Mlle Brown ?¹⁸

Après le rapport de ses découvertes spécifiques par le jury, le juge déterminerait alors, à la lumière des découvertes en question, les droits et responsabilités respectifs des parties. Comment se déroule donc un procès, d'après cette théorie naïve et courante ? En trois étapes : la première consiste dans l'audition des témoignages et la présentation des preuves. La deuxième consiste dans la communication des instructions quant au droit par le juge au jury. Quel est le contenu de ces instructions ?

Si les membres du jury croient, sur la base des preuves, que les faits A et B existent, alors le droit requiert de leur part de prononcer un verdict en faveur du demandeur ou du plaignant, mais s'ils pensent que les faits C et D existent, alors les règles de droit sont telles et telles, et requièrent de leur part de se prononcer en faveur du défendeur, de l'inculpé¹⁹.

Enfin, troisième étape, le jury se retire et se présente à nouveau devant le juge pour lui rapporter ce qu'il pense des preuves et rendre un verdict. Or, soutient Frank, dans les faits, il n'en va pas ainsi ; le jury prononce seulement un verdict général de culpabilité ou de relaxe sans mentionner aucun détail. Qu'est-ce que cela signifie ? Que les croyances des membres du jury à propos de la question des faits ne sont pas divulguées et que, par conséquent, l'on ne peut pas s'assurer que les membres du jury ont appliqué ou méprisé les règles du droit. Dans la majorité des cas, dit Frank en citant Sunderland :

le verdict est un mystère complet qui jette un manteau d'obscurité impénétrable sur les opérations du jury. [...] le verdict général est impénétrable et essentiellement mystérieux comme les formules prononcées par l'oracle de Delphes. Les deux reposent sur un même fondement : une présomption de sagesse²⁰.

Frank décide, comme souvent, d'en revenir aux faits et établit des constats clairs : « La vérité (lorsqu'on interroge le juré moyen) est que, habituellement, le jury n'est pas capable et n'essaie même pas d'appliquer les instructions du tribunal²¹. »

Par exemple :

Les jurés déterminent qu'ils veulent que Jones obtienne 5000 dollars de la compagnie ferroviaire ou qu'ils ne veulent pas que la jolie Nellie Brown aille en

¹⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, chap. XVI, « The Basic Myth and the Jury », *op. cit.*, p. 183.

¹⁹ *Ibid.*, p. 184.

²⁰ *Ibid.*, p. 184, note 3, Frank cite Sunderland : *Verdicts General and Special*, 29 *Yale Law Journal* 253, 254 .

²¹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 185

prison pour avoir tué son mari, et ils prononcent un verdict général conforme à ces désirs²².

Dans la majorité des cas, alors, le jury ne détermine pas les « faits », mais les droits et devoirs légaux des parties au procès. Et Frank de conclure :

Le verdict global du jury, en pratique, nie ce qui devrait constituer la nature profonde du droit d'après le dogme de la prédictibilité juridique exacte²³.

Le jury constitue le meilleur instrument pour produire l'incertitude, le caprice, le manque d'uniformité, le mépris des décisions antérieures, l'imprévisibilité totale et seul un avocat très imprudent oserait prédire l'issue d'un procès avec jury.

Frank va même encore plus loin : « À coups sûr, s'il existe un droit rétroactif-inconnaissable pendant l'action en justice, c'est le droit prononcé par le jury²⁴. » Il n'en demeure pas moins que le justiciable et les professionnels du droit restent attachés au jury. Pourquoi ? À cause d'un argumentaire qui articule trois éléments. Premier argument, le système du jury demande à des gens qui ne sont pas des magistrats professionnels, et ne risquent pas de faire entrer de force les affaires dans des formes rigides et arbitraires, de rendre la justice. Deuxième argument : il est commun d'observer, d'après un juge cité par Frank, mais qu'il n'identifie pas, que les juges et les avocats, même les plus honnêtes, capables et érudits, sont parfois trop influencés par les règles techniques. Troisième argument : de façon plus grossière, certains ont soutenu que le public préfère être jugé par des profanes. Trois arguments que Frank voit résumés dans la formule qu'il cite de Chamberlayne :

Il ne fait aucun doute que le motif principal de la faveur dont jouit le jury auprès du public est sa capacité traditionnelle de défier, dans un verdict général, le droit du pays tel qu'il a été présenté par le juge²⁵.

Frank reformule l'ensemble de l'argumentaire pour établir un diagnostic :

les jurés sont plus à même de rendre la justice que ceux qui ont été sélectionnés pour le faire [...] si cet argument était solide, poursuit Frank, il constituerait une moquerie pour notre système judiciaire²⁶.

Quel est donc le fondement de cette conception ? Une croyance créée par les juges, d'après laquelle ils seraient sincèrement dominés par le dogme de l'inflexibilité juridique et n'individualiseraient pas les cas, pour prononcer les décisions selon les règles rigides. En conclusion, Frank reconstitue la véritable division du travail entre les juges et le jury :

le juge, qui porte un faux visage, qui le fait ressembler à un père sévère, récite avec gravité les règles impersonnelles et artificielles qu'il commande de respecter ; mais le jury prend les décisions dans les contentieux juridiques réels²⁷.

Dès lors que convient-il de faire ? Soit renoncer au jury, soit le réformer. Or, la culture américaine est attachée au jury. Il convient donc de le réformer : « en droit pénal, il conviendrait de former nos juges en criminologie afin qu'ils acquièrent le

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 186.

²⁴ *Ibid.*, p. 186, note 5.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 186, note 5.

²⁷ *Ibid.*, p. 189, note 5.

discernement nécessaire pour personnaliser les peines²⁸. » Par exemple, il faudrait concevoir un questionnaire qui permette d'établir les faits et préférer le verdict spécial, qui n'aurait pour toute fonction que d'établir les faits, au verdict général. Pourtant, Frank n'en demeure pas moins sceptique quant à l'efficacité de telles propositions de réformes. Il est impossible d'éduquer toute une communauté de telle façon qu'un groupe de douze hommes choisis puisse faire ce que les juges éprouvent de la difficulté à faire. « L'usage de verdict portant sur les faits (*facts-verdicts*), pendant qu'il réduit à peine les défauts du système du jury, ne peut pas les éliminer²⁹. » Le jury, conclut Frank, rend donc virtuellement impossible l'administration ordonnée de la justice³⁰. Ceci dit, un tel constat n'autorise pourtant pas les tribunaux en général et les cours d'appel en particulier à élaborer des stratégies pour limiter l'impact de l'emploi du jury, comme le fait la cour d'appel pour le deuxième circuit avec sa théorie de l'erreur non-préjudiciable dans *États-Unis contre Rubenstein* :

En agissant ainsi, les juges d'appel se transforment en jury de première instance. Ainsi, en se substituant eux-mêmes au jury légalement autorisé, je pense qu'ils exercent un pouvoir qui excède leur portée légitime, constitutionnelle. Sans y être autorisés par la loi ou par la Constitution, les juges d'appel établissent les faits. Je ne peux pas croire qu'une telle procédure satisfasse les exigences constitutionnelles du procès devant jury. Le prévenu a été condamné par les juges d'appel et non pas par un jury. Il a tout autant été privé inconstitutionnellement du droit de bénéficier d'un procès devant jury que si, lors du procès en première instance, il avait été obligé de comparaître devant un tribunal sans jury³¹.

Seule une réforme législative pourrait légitimement modifier le statut du jury au sein de la procédure pénale américaine. À défaut, une telle procédure se contente d'employer inconsciemment des fictions, parmi lesquelles figure le recours au jury, pour préserver le mythe de la certitude juridique et le fétichisme de la règle de droit. Ici apparaît une perspective qu'il nous faut maintenant traiter : celle du statut des fictions. L'analyse frankienne des fictions est assez nuancée. Elles sont, selon lui, nécessaires à la vie du droit, à condition, toutefois, d'être formulées et employées en toute conscience.

II. LE STATUT DES FICIONS JUDICIAIRES

Frank se réfère explicitement à sa théorie des fictions dans *États-Unis contre Rubenstein* :

Dans tous les domaines de la pensée, les fictions doivent être employées avec précautions. Elles forment des « mensonges utiles », des déclarations qui, bien que contraires à la vérité ou invérifiables, sont néanmoins immensément commodes et souvent nécessaires. Cependant, alors qu'une fiction peut avoir une telle valeur dans un contexte donné, elle peut être préjudiciable dans un autre.

²⁸ *Ibid.*, p. 190, note 10.

²⁹ *Ibid.*, p. 194.

³⁰ *Ibid.*, p. 195, note 5.

³¹ J. FRANK, *United States v. Rubenstein*, 151F. 2d 915 (1945), repris dans l'anthologie de B. FRANK KRISTEIN, *A Man's Reach, The Philosophy of Judge Jerome Frank*, op. cit., p. 323.

L'« extrapolation », qui est toujours une pratique délicate, l'est encore davantage quand on l'applique à des fictions [...]»³².

Pour articuler son état des lieux et ses prescriptions en matière de recours aux fictions, Frank consacre un appendice entier de *Law and the Modern Mind* au statut des fictions en droit³³. Il s'agit d'un texte polémique qui articule deux moments. D'abord, un travail lexical et doxographique, qui consiste en une variation de typologies pour distinguer les concepts de fiction, d'hypothèse et de dogme chez plusieurs auteurs. Il s'agit pour Frank de mettre en œuvre un travail de distinction conceptuelle pour élaborer une conception nuancée et sceptique de la fiction, qui évite de voir en celle-ci la meilleure ou la pire des choses. Ensuite, il formule un ensemble de prescriptions qui se traduit fondamentalement par un retour au travail d'Oliver Wendell Holmes Jr., en qui Frank voyait la figure du juriste le plus accompli.

A. Doxographie de la fiction

Pour son travail de distinction conceptuelle, Frank part du livre de Vaihinger, *The Philosophy of As If*³⁴, qui définit la fiction comme une « erreur consciente » ou une « contradiction consciente ». D'après Vaihinger, tel que le comprend Frank, une fiction possède quatre caractéristiques : (1) sa déviation arbitraire de la réalité ; (2) son caractère provisoire ; (3) la conscience de sa nature fictive qui entraîne comme corolaire l'absence de toute revendication de réalité et, enfin, (4) sa nécessité d'utilisation. Les fictions, toujours d'après la lecture frankienne de Vaihinger, peuvent être employées dans tous les domaines : les fictions abstraites, comme, par exemple, l'agent économique ou l'homme en bonne santé ; les utopies, les fictions symboliques (la société conçue comme organisme) ; les fictions mathématiques (le cercle traité comme polygone ou ellipse) ; les fictions juridiques et les fictions de personnification³⁵.

La vaste extension du concept de fiction, ainsi que la pluralité de ses domaines d'application, occasionnent régulièrement des confusions lexicales et conceptuelles qui se traduisent par des attitudes inappropriées à l'égard des fictions. C'est un fait, dit Frank, qu'on tourne souvent les fictions en dérision. Pourquoi ? Parce que « leurs détracteurs confondent les fictions avec des déclarations supposées se conformer à la réalité³⁶. » Alors que l'hypothèse se définit selon Frank comme un énoncé dirigé vers la réalité en attente de vérification, une fiction n'a pas pour but d'affirmer un fait réel, mais d'affirmer quelque chose au moyen de quoi l'on peut

³² *Ibid.*, p. 322.

³³ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Appendix VII, *Notes on Fictions*, *op. cit.*, p. 338-351.

³⁴ Pour juger de la pertinence de la lecture frankienne de Vaihinger, voir l'ouvrage de ce dernier : *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Leipzig, Felix Meiner, 1911. Dans *Law and the Modern Mind*, Frank se réfère à l'édition du texte intégral de 1911. Le texte abrégé, dont Vaihinger ne modifia pas le titre, fut traduit en anglais en 1924 par C. K. Ogden sous le titre : *The Philosophy of "As If". A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, London, Routledge and Kegan Paul. Le texte en question fut traduit en français en 2008 sous le titre *La Philosophie du comme si. Système des fictions théoriques, pratiques et religieuses sur la base d'un positivisme idéaliste. Avec une annexe sur Kant et Nietzsche*, (traduction de l'édition de 1923 dite « édition populaire »). Préface et traduction de Christophe Bouriau, Paris, Éditions Kimé 2022.

³⁵ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 339.

³⁶ *Ibid.*, p. 339.

saisir ou modeler la réalité. Frank précise : « l'hypothèse peut se comparer à une découverte alors que la fiction est comparable à une invention³⁷. » De la même façon qu'une hypothèse non vérifiée doit être éliminée, il convient d'éliminer une fiction sans utilité. Pour faire bon usage de la fiction, il convient donc de se souvenir de son caractère relatif et artificiel. Afin d'approfondir son travail de distinction conceptuelle, Frank reprend à son compte une typologie qu'il attribue à Tourtoulon³⁸ et qui distingue mensonge/mythe/ fiction. Le mensonge se définit comme l'affirmation d'un fait contraire à la réalité dans le but de tromper les autres. Le mythe, comme l'affirmation d'un fait contraire à la réalité sans conscience de cette fausseté. La fiction, comme affirmation non vraie énoncée par un émetteur non dupe et qui ne veut duper personne. Et Frank poursuit en citant le diagnostic de Tourtoulon : « la phobie des fictions prévaut chez les juristes. [...] la théorie juridique est la plus objective quand elle se présente comme fictive et la plus trompeuse quand elle se prétend exempte de fictions³⁹. »

La phobie des fictions, que Frank attribue à une bonne partie de ses confrères juristes, conduit couramment à une lutte contre l'ensemble des fictions, y compris contre les fictions légitimes. Frank cite Bentham : « Les fictions sont des faussetés, et le juge qui invente une fiction devrait être emprisonné⁴⁰. » Comment expliquer cette phobie des fictions que Frank prétend trouver chez Bentham ? Elle proviendrait d'une confusion lexicale entre (1) les mensonges juridiques (c'est-à-dire les fausses déclarations destinées à tromper les autres), (2) les fictions juridiques légitimes (c'est-à-dire les déclarations imprécises faites par convenance, en toute conscience de leur écart par rapport à la réalité et avec l'idée que l'auditeur ou le lecteur devrait être conscient de leur fausseté), (3) les mythes juridiques (c'est-à-dire les déclarations erronées formulées sans conscience de leur fausseté et par conséquent basées sur la tromperie de soi-même). Bentham emploierait donc le concept de « fiction » comme un genre dans lequel il rangerait mensonges, mythes et fictions juridiques pour les présenter toutes comme des tromperies.

À cet égard, l'assimilation que ferait Bentham entre les fictions du prêtre et celles du juriste serait symptomatique : « Les fictions du prêtre et du juriste ont eu pour objet ou effet, ou les deux, de tromper et de gouverner par la tromperie afin de promouvoir l'intérêt réel ou supposé du parti qui les formulait aux dépens du parti auquel ils les adressaient⁴¹. »

Comment traiter une telle phobie ? La profession juridique doit reconnaître l'existence d'un usage correct de fictions valides et admettre que toutes les règles

³⁷ *Ibid.*, p. 339.

³⁸ *Ibid.*, p. 340-341. Frank cite souvent des auteurs sans préciser l'ouvrage précis dont il extrait la citation. En l'occurrence, il se réfère à Pierre de Tourtoulon (1867-1932), auteur des *Principes philosophiques de l'Histoire du Droit*, Paris, F. Alcan, 1908, traduit en anglais en 1922 sous le titre *Philosophy in the Development of Law*, New York, Macmillan.

³⁹ *Ibid.*, p. 341.

⁴⁰ *Ibid.*, *Appendix VIII, Notes on Fictions*, p. 348. Malheureusement, comme souvent, Frank n'identifie pas explicitement l'ouvrage de Bentham dont il extrait la citation. Il reprend telle quelle la formule qu'il attribue à Bentham dans une opinion judiciaire, dans laquelle il donne des éléments de référence assez vagues, somme toute, puisqu'il n'identifie pas l'ouvrage mais se contente d'indiquer trois références dans l'édition des œuvres complètes de Bentham. Voir J. FRANK, *Hammond -Knowlton v. United States*, 121 F2d. 192, note 14. Les références sont les suivantes : J. BENTHAM, *The Works*, Édimbourg, 1843, vol. 6, p. 582 ; vol. 2, p. 466 ; vol. 7, p. 283.

⁴¹ *Ibid.*, p. 349.

juridiques sont relatives et instrumentales. Tourtoulon, d'après Frank, distingue bien entre mythe et fiction en éliminant l'aspect auto-illusoire du mythe pour en faire une fiction. Néanmoins, il ne s'agit que d'un demi-succès, puisque

Tourtoulon ne parvient pas à conserver présent à l'esprit que mon mythe (l'affirmation que, stupidement, je pense être vraie) peut être votre fiction (quelque chose que vous considérez comme une invention que tout le monde sait ne pas être vraie)⁴².

Pour corriger les manquements de l'analyse de Tourtoulon, Frank reprend une autre typologie, celle de Vaihinger qui distingue les trois notions de dogme, d'hypothèse et de fiction⁴³. Qu'est-ce qu'un dogme ? D'après Vaihinger, tel que le lit Frank, un dogme désigne une idée qui, sans hésitation, est considérée comme expression d'une réalité. Il y a hypothèse, là où il y a un doute quant à la validité objective d'une idée, là où la validité objective est seulement timidement présumée. Enfin, il y a fiction lorsqu'une idée est utilisée comme moyen d'aider la pensée, sans croyance qu'elle doive ou puisse correspondre avec la réalité. Or, les frontières entre ces concepts sont extrêmement poreuses : une idée peut successivement devenir fiction, hypothèse ou dogme et *vice-versa*. Ainsi dit Frank : « le contrat social et les idées platoniciennes, par exemple, furent d'abord des fictions avant de devenir des dogmes⁴⁴. »

L'état des lieux dressé par Frank quant au statut de la fiction chez les philosophes et les juristes fait donc le constat d'une extrême confusion intellectuelle, lexicale et conceptuelle. Une confusion qui engendre non seulement des paradoxes et des incohérences intellectuelles, mais également des décisions de justice irrationnelles et incohérentes.

B. La nécessaire réforme de la théorie de la fiction

Afin d'éviter le spectre de l'erreur judiciaire, il est nécessaire d'entreprendre une réforme intellectuelle de la théorie de la fiction. Pour ce faire, Frank recommande de s'inspirer des développements en sciences expérimentales. Il cite à ce propos l'ouvrage de Bridgman, *The Logic of Modern Physics* :

La description par Bridgman du « caractère opératoire des concepts » dans la physique moderne peut être d'une immense utilité comme guide d'une pensée claire à propos de l'aspect fictif des règles⁴⁵.

De ce point de vue, Frank se montre une fois encore conséquentialiste. Puisque l'établissement des faits est un facteur fondamental et que les faits juridiquement établis ne sont en réalité que des hypothèses, il est inévitable que les juges, en première instance comme en appel, aient recours à des fictions, ces mensonges utiles, dont la valeur dépend de deux facteurs, à savoir la conscience de leur nature fictive et le contexte dans lequel elles sont utilisées. Sa philosophie du droit se revendique donc comme une philosophie non euclidienne du droit. Qu'est-ce que cela signifie ? Qu'elle procède au moyen d'axiomes, susceptibles d'être réformés, reformulés, abandonnés en toute conscience selon les conséquences pratiques

⁴² J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 343, note 9.

⁴³ *Ibid.*, p. 343.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 344.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 347, note 15.

qu'ils entraînent⁴⁶. Ici, le scepticisme quant aux faits et le réalisme constructiviste de Frank revendiquent l'influence d'Oliver Wendell Holmes⁴⁷. La thèse est la suivante : le droit n'est pas découvert mais construit, élaboré dans chaque cas particulier en fonction de la façon dont on établit les faits de l'affaire. Frank est artificialiste. La nature humaine se définit comme puissance d'invention et d'artifice pour résoudre des problèmes issus d'un travail fait de formulation d'hypothèses, d'expérimentation, d'échec, de correction, de reformulation et de nouvelles expérimentations. Par conséquent, Frank se méfie et refuse d'adhérer à ce que Dewey avait avant lui appelé les théories des buts fixes pour inscrire son activité d'avocat, d'administrateur et de juge au sein d'une philosophie de la croissance, d'un méliorisme qui prend en compte une nature processuelle des choses, qu'il convient de tenter d'améliorer à l'infini⁴⁸. Il faut donc savoir reprendre et réappliquer deux éléments du travail et de la pensée de Holmes.

Premier élément holmesien : son artificialisme, c'est-à-dire son constructivisme : « Il a abandonné le mysticisme juridique [...]. Il croit à la "supériorité de l'artificiel sur le naturel" et croit par conséquent que "l'humanité pourrait maintenant prendre consciemment et intelligemment en main sa destinée"⁴⁹. »

Le deuxième élément holmesien est son scepticisme :

Si, comme Holmes, nous savons nous libérer du mythe du droit qui fait autorité, si nous refusons d'admettre le droit simplement parce qu'il viendrait d'une autorité ressemblant à une autorité paternelle, sans pour autant le rejeter pour la même raison, nous commencerons, pour la première fois, à envisager pleinement les problèmes juridiques⁵⁰.

Au sein de cette philosophie non euclidienne du droit, les fictions jouent un rôle structurant quand elles sont reconnues consciemment comme telles, c'est-à-dire à titre d'axiomes ou de postulats.

Selon Frank, Holmes, avec sa figure du méchant, a montré l'erreur dans le vieil axiome selon lequel les règles et devoirs juridiques devraient être déduits logiquement à partir de ce qu'on appelle les règles juridiques⁵¹. La figure du méchant de Holmes (*bad man*) justifie la définition intégralement prétorienne du droit posée par Frank.

⁴⁶ Pour un exposé de cette théorie non euclidienne du droit, voir J. FRANK, « Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking », art. cité.

⁴⁷ Pour un éloge, parmi tant d'autres, de Holmes, voir J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., *Conclusion Part II*, « Mr. Justice Oliver Wendell Holmes, the Completely Adult Jurist », p. 273 : « Les opinions juridiques et autres écrits de Mr. Justice Holmes, praticien, enseignant, historien, philosophe, juge, sont un trésor de conseils matures, de jugements équilibrés quant à la relation du droit avec les autres relations sociales. [...] »

⁴⁸ Pour une présentation de l'ensemble de ce paradigme, voir J. DEWEY, *Comment nous pensons ?*, Paris, Empêcheurs de penser en rond, 2004 et *Reconstruction en philosophie*, Tours, Paris, Farrago/Léo Scheer, 2003.

⁴⁹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 273.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 277.

⁵¹ Voir O. W. Holmes, « La Passe étroite du droit », in *Philosophie, du droit, Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, 2015, p. 99.

C. La définition exclusivement prétorienne du droit

Comment définir le droit ? C'est un problème constant pour Frank qui soutient dès *Law and the Modern Mind* que le droit se définit strictement et exclusivement comme les décisions rendues par les tribunaux, et, en premier lieu, les tribunaux de première instance. Frank critique ici la conception courante et fictive, qui articule les quatre thèses suivantes⁵² :

- a) le droit est un ensemble complet de règles qui existent depuis des temps immémoriaux, inchangeables en dehors du domaine étroit dans lequel les corps législatifs ont modifié ces règles par des lois positives ;
- b) les corps législatifs ont le pouvoir de changer le droit ;
- c) les juges n'ont pas le pouvoir de modifier le droit, mais uniquement celui de l'appliquer ;
- d) le droit, déjà constitué, préexiste aux décisions judiciaires.

Frank soutient, pour sa part, une conception minoritaire mais pertinente : « les juges font et modifient le droit⁵³. » Signalons toutefois que le statut même de toute tentative de définition du droit a évolué au long de la carrière de Frank. Dans *Law and the Modern Mind*, si Frank énonçait déjà son embarras à propos d'un tel projet définitionnel, il continuait à penser qu'une telle définition était souhaitable et possible, moyennant une restriction de domaine :

Nous avons beaucoup parlé du droit. Cependant, qu'est-ce que « le droit » ? Une définition exhaustive semble impossible, et même une définition pratique épuiserait la patience du lecteur. Néanmoins, il n'est peut-être pas inutile de rechercher ce que le droit signifie approximativement pour la personne *lambda* qui, à notre époque, consulte son avocat⁵⁴.

Frank n'entend donc pas définir le droit *more geometrico* mais part de la pratique même pour proposer une définition prétorienne et pragmatiste du droit. Frank prend le cas, par exemple, d'un contentieux concernant le bien-fondé d'un contrat comprenant une clause d'exclusivité territoriale pour l'exploitation des taxis conclue entre une compagnie de taxis et une compagnie ferroviaire⁵⁵. Le contentieux opposerait, d'une part, la compagnie de taxis qui avait signé le contrat et, d'autre part, une autre compagnie de taxis, non contractante, qui prétendrait opérer sur le même secteur que la première et contester le monopole de fait octroyé par le contrat à sa concurrente. Le droit de chacune des compagnies de taxis, dit Frank, n'est pas fixé de toute éternité dans les codes et dans les décisions de justice antécédente, où il attendrait d'être découvert. Bien au contraire, il évoluera sous l'impact de plusieurs facteurs, parmi lesquels figurent les conseils des avocats des compagnies, la décision de première instance, le fait que celle-ci fasse ou non l'objet d'un appel et la décision qui en découlera et, enfin la possibilité ou non que la décision d'appel puisse faire l'objet d'une contestation devant la Cour suprême des États-Unis, si les deux compagnies de taxis ont leurs sièges sociaux respectifs situés dans deux états différents.

⁵² J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 35.

⁵³ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁵ Pour un exposé détaillé du cas pratique imaginé par Frank, voir *ibid.*, chap. V, « Legal Realism », p. 46 *sq.*

« Le droit », dit Frank, à toute étape antérieure à la décision de la Cour suprême des États-Unis, n'était en effet pas établi. [...] Parler d'un droit constant susceptible de régler ce contentieux, ou des droits légaux fixes des parties, qui précéderaient la décision de la Cour Suprême ne relève que du verbiage⁵⁶.

Cela signifie-t-il pour autant qu'il faudrait résumer le droit aux décisions de la Cour suprême des États-Unis ? Non, car beaucoup d'actions en justice s'achèvent après la décision de première instance. Beaucoup d'actions en justice décidées en appel ne peuvent pas faire l'objet d'un recours devant la juridiction suprême et, enfin, les décisions mêmes de la Cour suprême des États-Unis peuvent varier selon la constitution de la Cour. Frank le fait dire ironiquement par l'avocat fictif d'une des parties de son cas pratique imaginaire :

Et l'avocat des Jones [qui possèdent la compagnie de taxis contractante] ne pouvait savoir avec certitude quelle serait la position des juges sur toutes les questions *impliquées par* l'affaire. « Il y a de nouveaux juges, et vous ne pouvez jamais rien prévoir concernant Holmes et Brandeis. Ils sont totalement imprévisibles. »⁵⁷

Le droit, en l'espèce, aurait été différent si les avocats des compagnies avaient prodigué des conseils différents, si les compagnies avaient refusé de suivre les conseils en question, s'il n'y avait pas eu d'appel et s'il n'y avait pas eu de recours devant la Cour suprême des États-Unis d'Amérique. Dès lors, Frank peut proposer une définition opératoire du droit :

Nous pouvons maintenant nous risquer à formuler une définition approximative du droit du point de vue du citoyen *lambda* : pour chaque particulier qui n'est pas juriste, le droit, eu égard à un ensemble particulier de faits donnés, est la décision d'un tribunal relativement à ces faits, dans la mesure où cette décision affecte sa situation personnelle. Tant qu'un tribunal ne s'est pas prononcé sur ces faits, il n'existe encore aucun droit qui leur soit relatif. Avant la formulation d'une telle décision, le seul droit disponible consiste dans l'opinion des avocats quant au droit relatif à cette personne et à ces faits précis. Une telle opinion ne constitue pas encore du droit mais seulement une hypothèse à propos de ce qu'un tribunal décidera⁵⁸.

Il est dès lors possible de distinguer pour chaque situation donnée suscitant du contentieux, (a) le droit effectif, qui consiste, selon Frank, dans une décision particulière passée relative à la situation en question, et (b) le droit probable, c'est-à-dire une hypothèse relative à une décision particulière future. Frank lie donc étroitement la définition du droit au contentieux, réel ou potentiel, et entend donc restreindre son domaine de définition en se concentrant sur le droit prétorien :

[...] le droit considéré dans cet ouvrage est « le droit tel qu'élaboré par les tribunaux ». Le « droit effectif » et le « droit probable » ici discutés signifient « le droit effectif ou probable élaboré par les tribunaux. » Cette limitation, bien qu'artificielle, est peut-être la plus excusable qui soit parce qu'elle correspond grossièrement à l'idée qu'ont en tête nos contemporains qui ne sont pas juristes lorsqu'ils consultent leurs avocats⁵⁹.

Et Frank finit par définir le droit :

⁵⁶ *Ibid.*, p. 49-50.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 48-49.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 51, note 4.

De ce point de vue, le droit tel qu'il est élaboré par les tribunaux pourrait bien se définir approximativement comme les décisions particulières passées ou futures qui sont appliquées ou respectées⁶⁰.

Par la suite, Frank reviendra sur son embarras à propos de la définition du droit. Il avait reconnu dès *Law and the Modern Mind* que le concept était ambigu et qu'une définition univoque et définitive du droit semblait impossible. S'il mentionnait la possibilité de renoncer à l'usage du concept de droit, sans la mettre en œuvre alors, tel n'est plus le cas dans *Courts on Trial*, où Frank renonce au projet définitionnel et, dans la mesure du possible, limite l'emploi du terme de *droit* pour concentrer explicitement son attention sur l'activité des juridictions, telle qu'elle est et telle qu'elle devrait être :

Il y a environ dix-neuf ans, j'ai publié un livre dans lequel je me montrais assez imprudent pour proposer ma propre définition du « droit », qui, comme elle insistait sur les décisions des juridictions, soulignait certains éléments propres au contentieux. Je me trouvai alors brusquement au milieu de farouches querelles terminologiques avec d'autres auteurs qui tentaient de définir le droit et qui, à ce sujet, n'étaient pas d'accord. Je battis promptement en retraite de cette inutile querelle de mots. Depuis lors, j'ai, autant que possible, évité d'utiliser le terme de « droit ». À la place (comme dans le présent ouvrage), j'ai identifié directement et exactement ce dont je parlais, sans faire intervenir la moindre définition de ce terme vague et problématique ; à savoir ce que les tribunaux et les avocats font, et ce qu'ils devraient faire, ou l'ensemble du domaine de « l'administration de la justice »⁶¹.

Il convient donc de prendre conscience de la nature fondamentalement prétorienne, non-euclidienne et artificialiste du droit, ainsi que du problème fondamental que constitue l'établissement des faits en première instance pour guérir la profession de sa phobie des fictions et revaloriser consciemment le rôle de ces dernières au sein du processus judiciaire afin de limiter l'usage illégitime. De ce point de vue, la théorie de l'erreur non-préjudiciable discutée par Frank dans *États-Unis contre Rubenstein* constitue un exemple de fiction. Elle s'apparente pour Frank à une contradiction dans les termes. À suivre Frank, toute erreur serait nécessairement préjudiciable quand on conçoit le procès comme un processus de communication qui a pour but la découverte la vérité. Hélas, de telles prescriptions n'ont, d'après Frank, que peu de chances de se réaliser tant que domine, au sein de la culture juridique et judiciaire américaine, ce qu'il appelle la conception polémique ou sportive du procès.

III. LA CONCEPTION POLÉMIQUE OU SPORTIVE DU PROCÈS

Frank mentionne très rapidement le thème dans la présente opinion en le reliant étroitement à celui du procès devant jury :

Un procès devant jury présente sans doute des défauts. Au mieux, un tel procès, particulièrement tel qu'il est conduit de nos jours, c'est-à-dire, comme s'il s'agissait d'un jeu ou d'un événement sportif, est un instrument imparfait, bien trop humain pour établir les véritables faits de l'affaire en question⁶².

⁶⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁶¹ J. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, *op. cit.*, p. 67. L'ouvrage auquel Frank fait ici référence est *Law and the Modern Mind*.

⁶² J. FRANK, *United States v. Rubenstein, 151F. 2d 915 (1945)*, repris dans l'anthologie de B. FRANK KRISTEIN, *A Man's Reach, The Philosophy of Judge Jerome Frank*, *op. cit.*, p. 323.

Le thème est traité dans *Law and the Modern Mind* et sera développé dans *Courts on Trial*⁶³. Si Frank n'oppose pas explicitement dans ces ouvrages les conceptions inquisitoire et accusatoire du procès, il les mobilise sans les nommer et regrette que l'instruction ne se fasse qu'à charge aux États-Unis, ce qui, soutient-il, a pour effet de condamner les prévenus et accusés indigents pour cause de pauvreté. D'après Frank, la prise de conscience de l'importance du processus d'établissement des faits en première instance et les efforts pour l'améliorer nécessitent une diminution considérable de l'esprit martial dans la gestion du contentieux⁶⁴.

A. La fiction rationaliste

Une fois de plus, Frank oppose les fictions courantes inconscientes aux faits réels. Au sein de la culture spontanée juridique américaine, il est de bon ton de penser que les procès sont rationnels. Pourquoi ? Parce que les agents du droit ont pour fonction de conduire des enquêtes en réunissant toutes les preuves pratiques disponibles pour s'assurer de la vérité des propos tenus lors des actions en justice. L'accomplissement de cette fonction nécessite la réunion de deux facteurs, à savoir, premièrement, la possibilité réelle de réunir toutes les preuves et, deuxièmement, la compétence réelle des enquêteurs judiciaires. Or, soutient Frank, le système judiciaire américain est un système polémique, dans lequel règne la « théorie du combat », qui dérive de l'origine des procès conçus comme substituts aux bagarres privées extrajudiciaires. Cette théorie peut trouver son slogan chez un auteur comme Macaulay, dont Frank cite la formule suivante : « Nous obtenons la meilleure décision quand deux hommes se disputent, de la façon la plus déloyale possible⁶⁵. » Frank souligne l'irrationalité du dispositif courant. La théorie polémique ne produit pas la vérité. Il l'illustre avec des analogies ironiques : un homme d'affaires, avant de décider de construire une nouvelle usine, un général avant de planifier une attaque, « aucun des deux ne songerait à obtenir des informations en plaçant ses informateurs dans la situation des témoins à un procès⁶⁶. » Paradoxalement, sous couvert de chercher la vérité, les avocats recourent à des tactiques afin d'empêcher le ou les juges d'évaluer correctement la véracité des témoins et de faire obstruction aux preuves dont le tribunal voudrait disposer pour approcher la vérité. Autrement dit, les avocats cherchent à remporter la victoire dans un combat et non pas à assister le tribunal dans la découverte des faits. Frank résume avec ironie la méthode réellement employée par les acteurs du procès pour produire un jugement : il s'agit de « l'équivalent de l'attitude qui consisterait à lancer du poivre dans les yeux d'un chirurgien pendant qu'il opère⁶⁷ ».

Le recours à ces techniques qu'utilisent les avocats sont le corollaire accepté et légitimé de cette conception polémique du procès, qui a pour conséquence le fait qu'une grande proportion des témoignages actuels sont consciemment et inconsciemment falsifiés. Consciemment falsifiés, puisque tout avocat sensé, dit Frank, s'entretient avec les témoins et les dirige avant l'audience. Inconsciemment

⁶³ Pour une analyse détaillée de ce thème, voir J. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, op. cit., chap. VI, « The "Fight" Theory Versus the "Truth" Theory », 1949, p. 80-103.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 85.

falsifiés puisque, peu importe les scrupules de l'avocat, le témoin détecte ses espoirs.

Du fait de notre technique pour juger les affaires sujettes à controverses, les témoins en viennent à se considérer non plus comme les assistants dans une investigation pour découvrir la vérité, non plus comme des assistants du tribunal, mais comme « les témoins du demandeur » ou « les témoins du défendeur ». Ils deviennent les soldats d'une guerre, ils cessent d'être neutres⁶⁸.

Deux questions se posent alors. Première question : un meilleur système est-il possible et, si tel est le cas, deuxième question : que devons-nous faire pour inventer ce meilleur système ? Frank répond à ces questions en faisant la généalogie du système juridique américain actuel, soumis au paradigme polémiste. Si la procédure trouve ses racines dans l'origine des procès comme substituts à des bagarres privées, la théorie polémique de la justice n'est pas sans avoir une relation ni sans subir une influence de l'extrême « laissez-faire » dans le domaine économique. Autrement dit, « la théorie polémique de la justice est une sorte de "laissez-faire" juridique⁶⁹. »

Or, il convient de traiter le « laissez-faire » juridique exactement comme l'extrême « laissez-faire » économique :

La plupart d'entre nous, dit Frank, avons retiré notre confiance, dans le champ économique, à l'ultra-isolement, à la théorie de l'ultra-laissez-faire et à son concept antisocial d'« agent économique » [...]. Il faut retenir ce qui a de la valeur dans la théorie polémique et rejeter ce qu'elle recèle de socialement nocif⁷⁰.

B. Externalités du paradigme polémique

Le paradigme polémique, qui semble transférer l'idéal économique des effets vertueux de la concurrence libre et non faussée dans le domaine juridique, quand il domine, va jusqu'à faire obstacle à la découverte d'une preuve importante ou jusqu'à produire l'altération de témoignages et à faire du parjure la norme d'un système juridique. Une deuxième externalité préjudiciable trouve sa source dans l'attachement à ce paradigme : la traduction juridique et judiciaire des inégalités financières. Lorsque les parties doivent engager des dépenses qu'elles n'ont pas les moyens de supporter pour, par exemple, engager des détectives, des ingénieurs, des experts, des témoins, des avocats, leur victoire ne dépend plus de la véracité et de la légitimité de leurs prétentions, mais, pour parler comme Frank, de leur portefeuille. « Ce défaut de notre système judiciaire fait de "l'égalité devant la loi" une plaisanterie⁷¹ », alors que ce principe devrait constituer l'un des premiers principes de la démocratie. À défaut du respect de ce principe, la justice n'est pas rendue mais vendue :

à moins que nous ne trouvions une méthode pour résoudre ce problème, nous sommes forcés de reconnaître que nous « vendons » la justice, en la déniait à beaucoup de personnes qui manquent de moyens⁷².

⁶⁸ *Ibid.*, p. 86.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁷¹ *Ibid.*, p. 95.

⁷² *Ibid.*, p. 95.

La justice relève alors de l'ensemble des privilèges reconnus aux membres des classes supérieures et il s'agit là de la pire altération de la justice par le laisser-faire juridique.

Tout l'enjeu est donc de maintenir la procédure accusatoire, puisque Frank ne va jamais jusqu'à recommander explicitement l'adoption de la procédure inquisitoire, tout en diminuant sensiblement l'esprit guerrier qui l'anime. Comment y parvenir ? Frank suggère que

nous devrions nous demander s'il est ou non possible de fournir des officiers gouvernementaux impartiaux – qui ne seraient pas des employés des tribunaux, et qui agiraient de leur propre initiative – pour creuser, et présenter au tribunal des preuves significatives que l'une ou l'autre des parties pourrait négliger ou être incapable de fournir. Les parties se verraient reconnaître le droit de remettre en question la crédibilité de ces preuves (par un contre-interrogatoire ou un autre procédé). Ainsi, les procès demeuraient des confrontations⁷³.

Des difficultés ne manqueront pas de surgir, Frank le reconnaît. Il recommande de mettre en œuvre des expérimentations, sans exclure la possibilité de s'inspirer, aux États-Unis, des procédures mises en œuvre dans le droit pénal sur le continent européen, si celles-ci s'avèrent utiles.

C. Réformes nécessaires

Quel est le but fondamental des tribunaux ? Selon Frank, c'est le règlement juste des controverses particulières, la juste décision des procès particuliers. Que requiert un tel objectif ? L'élaboration nécessaire d'un système judiciaire dans lequel les tribunaux s'efforcent inlassablement de se rapprocher autant que possible des faits réels des controverses particulières qu'ils règlent. Or, constate Frank, « sauf ma profonde admiration et mon profond respect pour plusieurs de nos juges de première instance très adroits je dois dire que ce travail n'est pas aussi bien accompli qu'il pourrait et devrait l'être⁷⁴. » Le constat actuel est sans appel pour Frank : « Le Professeur Morgan, d'Harvard, écrit qu'un procès n'est pas une procédure vouée à découvrir la vérité, mais un jeu dans lequel les adversaires ne sont pas les parties au litige mais les avocats⁷⁵. »

La doctrine reproche assez couramment à Frank de se contenter de dresser des constats dévastateurs sur la conduite des procès et l'administration de la justice, sans proposer de réelles réformes⁷⁶. Le reproche paraît exagéré. Il serait plus légitime de soutenir que Frank fait œuvre de prudence et ne prétend pas apporter des solutions définitives et infaillibles. Cette prudence procède de son pragmatisme sceptique, qu'il hérite de William James⁷⁷. Frank ne s'est pas appliqué à pourfendre la primauté de la règle de droit pour se contenter de proposer de nouvelles règles. Dans la lignée de Holmes, il prétend élaborer une philosophie non-euclidienne du

⁷³ *Ibid.*, p. 97-98.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 102 : Frank cite le professeur Edmund M. Morgan de la faculté de droit de l'Université d'Harvard. Il ne cite pas le titre de l'ouvrage de Morgan dont il extrait la citation.

⁷⁶ Voir à ce propos les reproches formulés à Frank par ses adversaires, énumérés et nuancés par Robert Jerome Glennon dans son ouvrage, *The Iconoclast as Reformer, Jerome's Frank Impact on American Law*, *op. cit.*, p. 53 *sq.*

⁷⁷ Le pragmatisme de James et les relations entre les pragmatismes et son réalisme juridique constituent un enjeu pour Frank. Voir à ce propos : J. FRANK, « Modern and Ancient Pragmatism—John Dewey and Co. vs. Aristotle », Winter issue, *Notre Dame Lawyer*, vol. 25, 207, 1950.

droit⁷⁸ qui, d'une part, s'applique à déceler derrière les mythes et légendes de la vie du droit des axiomes à l'œuvre, dont il faut prendre conscience afin de pouvoir les évaluer, les modifier, les exclure voire les remplacer par d'autres axiomes qui seront admis, provisoirement, tant qu'ils produiront des effets pertinents et justes, en toute conscience. Cette nouvelle axiomatique permet de proposer certaines pistes de réformes, qui nécessiteront la mise en œuvre d'expérimentations. Frank appelle de ses vœux l'organisation de telles expériences pour évaluer et éprouver collégialement l'efficacité des réformes qu'il propose. Les réformes seront issues de la pratique et de l'expérimentation qui fonctionneront comme des filtres, précisément parce que le droit tel que le conçoit Frank n'est pas une science, mais un art⁷⁹.

Comment penser ces réformes potentielles en attente d'expérimentations ? Elles concernent plusieurs domaines de la vie juridique et judiciaire : la réforme de la procédure accusatoire, un ensemble de réformes législatives et procédurales, une réforme de la formation des différents acteurs (magistrats, avocats, juristes, policiers, jurés) ainsi qu'un changement du système social de valeurs, puisque Frank recommande d'abandonner le port de la robe, de réduire le formalisme et la pompe des audiences et de renforcer le prestige des tribunaux de première instance. Quelles sont donc ces réformes ? Frank en propose une liste non exhaustive :

1. Réduire les excès de la méthode polémique actuelle à l'œuvre dans la conduite des procès :
 - (a) Engager davantage la responsabilité du gouvernement dans le processus visant à s'assurer que tous les éléments de preuve et tous les témoignages importants disponibles soient introduits dans les procès civils.
 - (b) Accorder un rôle plus actif aux juges de première instance dans l'interrogatoire des témoins.
 - (c) Exiger que l'audition des témoins dans le palais de justice soit menée de façon plus humaine et intelligente.
 - (d) Recourir à des « experts en témoignages », appelés par le juge, pour témoigner à propos des défauts détectables des témoins ; faire un usage circonspect du « détecteur de mensonges ».
 - (e) Renoncer à la plupart des règles d'exclusion en matière de preuves.
 - (f) Prévoir une procédure d'« enquête » impartiale pour les accusés dans les affaires criminelles.

⁷⁸ Voir à ce propos : J. FRANK, « Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking », art. cité.

⁷⁹ Sur cette question et sur l'évolution du statut du droit comme art puis comme science digne de faire son entrée à l'université aux États-Unis, voir F. MICHAUT, *La Recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 37. Contre Langdell, qui s'était appliqué à faire du droit une discipline universitaire, Frank prônait, dans une certaine mesure, le retour à l'apprentissage auprès des praticiens dans les études de droit, notamment par le biais de la création de cliniques juridiques annexées aux facultés de droit, dans lesquelles exerceraient universitaires praticiens et étudiants. Voir à ce propos : J. FRANK, « Why Not a Clinical Lawyer-School », *University of Pennsylvania Law Review*, 81, 907, 1932-1933 traduit en français et présenté par Christophe Jamin : « Pourquoi pas une école de juristes cliniciens ? » *81 University of Pennsylvania Law Review* 907, 1932-1933, Les Cahiers de la Justice, vol. 2, n° 2, 2019, p. 295-320 [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2019-2-page-295.htm>]. Les questions de pédagogie passionnaient Frank et il aborde dans toute son œuvre la question de la formation des professionnels du droit et, même, celle des justiciables. Françoise Michaut résume cette perspective lorsqu'elle écrit : « La confiance en la formation remplace la confiance en la règle. » Voir F. MICHAUT, *La Recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 208.

2. Réformer les études de droit en les rapprochant des réalités du palais de justice et des cabinets juridiques, en recourant largement à la pédagogie de l'apprentissage.
3. Exiger et fournir une formation spéciale pour les futurs juges de première instance, devant inclure une analyse psychologique introspective approfondie de la part de tout futur juge de première instance.
4. Exiger et fournir une formation spéciale pour les futurs procureurs qui, entre autres choses, insistera sur l'obligation pour un procureur d'obtenir et de produire tous les éléments de preuve importants, y compris ceux qui sont en faveur de l'accusé.
5. Exiger et fournir une formation spéciale pour les policiers de manière à ce qu'ils refusent de recourir au « troisième degré⁸⁰ ».
6. Conduire les juges à renoncer au port de la robe et obtenir de ceux-ci qu'ils conduisent les procès de manière moins formelle, et, plus généralement, qu'ils abandonnent tout à fait l'« esprit de la robe ».
7. Exiger des juges de première instance qu'ils publient pour toutes les affaires un établissement spécial des faits.
8. Abandonner le procès devant jury sauf pour les affaires criminelles majeures.
9. Quoi qu'il en soit, tant que nous conservons le système du jury, le réformer :
 - (a) Exiger que les verdicts se prononcent sur les faits (verdicts spéciaux⁸¹) dans tous les procès devant jury.
 - (b) Utiliser des jurys « spéciaux » informés⁸².
 - (c) Dans les écoles, former les individus à la fonction de juré.
10. Encourager l'individualisation ouvertement assumée des actions en justice par les juges de première instance ; à cette fin, revoir la plupart des règles légales de sorte qu'elles accordent un tel pouvoir d'individualisation aux juges de première instance, au lieu de parvenir subrepticement à une telle individualisation, comme nous le faisons largement de nos jours.
11. Réduire le caractère formel de l'appel en permettant au juge de première instance de siéger avec la cour qui juge de l'appel formé contre une de ses décisions, mais en ne lui permettant pas de prendre part au vote.
12. Disposer d'enregistrements cinématographiques parlant des procès.
13. Enseigner à ceux qui ne sont pas juristes que les tribunaux de première instance ont plus d'importance que les cours d'appel⁸³.

Il conviendrait donc de reconnaître au problème de l'établissement des faits en première instance la véritable importance qui est la sienne, de mobiliser le droit comparé et de mettre en œuvre des expérimentations et des réformes, dont certaines pourraient remplacer le recours à l'élection des magistrats par le recours à un examen, pour se sortir de la conception polémique ou sportive du procès. Autant d'éléments qui permettraient de faire du procès, civil ou pénal, un dispositif de coopération entre les différentes parties, afin de parvenir à la vérité, toujours partielle, hypothétique, fragile en régime sceptique. La poursuite de cet objectif impliquera même, selon Frank, une réforme de l'écriture judiciaire.

⁸⁰ Le troisième degré (« third degree ») ou bien encore la « méthode américaine » consiste dans l'infliction de souffrances mentales et/ou physiques aux suspects pour obtenir des aveux ou des renseignements relatifs à un crime. Frank critique avec véhémence le recours à ces procédés tout au long de son œuvre et, plus particulièrement, dans *Not Guilty*, *op. cit.*

⁸¹ Par opposition aux verdicts généraux, au sein desquels le jury se prononce et sur les faits et sur les règles applicables.

⁸² Frank désigne par « jurys spéciaux » des jurys composés de personnes impliquées dans l'affaire jugée, dont l'avis ne serait que consultatif et dont le verdict ne limiterait pas la marge de manœuvre du juge. Frank mentionne ce point et ne le développe pas. Voir : J. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, *op. cit.*, p. 143.

⁸³ *Ibid.*, p. 422-423.

IV. LE PROBLÈME DE L'ÉCRITURE JUDICIAIRE

États-Unis contre Rubenstein mentionne le problème du langage en général et de l'écriture en particulier, ainsi que ses externalités :

Les conventions rédactionnelles en matière d'opinions judiciaires, le vocabulaire soutenu, le recours à des formules porteuses d'un caractère définitif, l'exhibition des précédents, l'affichage de ce qui ressemble à une logique rigoureuse parée de « par conséquent » et « d'inévitablement vrai », donnent une impression de certitude (qui souvent hypnotise le rédacteur de l'opinion) qui dissimule les incertitudes inhérentes au processus du jugement. Une analyse plus poussée révèle que nos concepts juridiques ressemblent souvent aux cous des flamants roses dans *Alice au pays des merveilles*, qui ne restent jamais assez rigides pour pouvoir être utilisés comme maillets par les joueurs de croquet⁸⁴.

Frank avait traité explicitement ce problème dans *Law and the Modern Mind* (1930) et y reviendra dans *Courts on Trial* (1949). Il aborde ce problème de l'écriture judiciaire et, d'une façon plus globale, du langage juridique selon le double point de vue de la théorie du langage et de la langue vernaculaire⁸⁵.

A. Les reproches des profanes

Frank part d'une double caractéristique du langage juridique : premièrement, le langage juridique est obscur pour les profanes et, deuxièmement, il est présenté comme une nécessité vitale par les juristes. Les ressources linguistiques permettent aux juristes en général, et en particulier aux juges en appel et aux juges de la Cour suprême, de jouer sur les mots pour éviter d'avoir à reconnaître des revirements jurisprudentiels. Par exemple, en matière de compétence juridictionnelle. D'après les dispositions constitutionnelles et légales, dit Frank, les juridictions fédérales ne peuvent connaître qu'un nombre limité d'affaires, en fonction de la matière et de l'origine étatique des justiciables concernées. Par exemple, quel que soit le sujet de la controverse, Jones, citoyen du Massachusetts, peut poursuivre Smith, citoyen de l'État de Rhode Island, devant un tribunal fédéral. Dans ce cadre, si Jones du Massachusetts poursuit la société Smith du Rhode Island devant un tribunal fédéral, peut-on parler d'un contentieux entre deux citoyens ? Autrement dit, dans quelle mesure peut-on considérer une personne morale comme un citoyen ? Interrogée, la Cour suprême a répondu qu'une société n'est évidemment pas un citoyen et que puisqu'il ne s'agit pas d'un contentieux entre deux citoyens d'états différents, elle ne pouvait pas connaître l'affaire. Cependant, une succession d'affaires dans lesquelles le cas se présenta à nouveau obligea la Cour suprême, pour des raisons pratiques, à autoriser la tenue de tels procès. Graduellement, la Cour suprême en vint à formuler une règle d'après laquelle une société sera en fait traitée exactement comme un citoyen de l'État dans lequel elle a son siège social : quand un citoyen du Massachusetts poursuit une société de l'État du Rhode Island, la règle prétorienne soutient qu'il faut prendre en compte l'État de résidence des personnes physiques – c'est-à-dire des actionnaires, parties à l'instance. Si ceux-ci résident dans le Rhode Island, le procès devant un tribunal fédéral devait être autorisé. Il s'agissait, dit Frank d'essayer de prétendre maintenir la doctrine officielle en dissimulant une évolution de fait. Ce faisant, les juridictions et les professionnels du droit donnent prise aux reproches du profane : les

⁸⁴ J. FRANK, *United States v. Rubenstein*, 151F.2d 915 (1945) repris dans l'anthologie de B. FRANK KRISTEIN, *A Man's Reach, The Philosophy of Judge Jerome Frank*, op. cit., p. 323-324.

⁸⁵ Pour l'analyse frankienne de la langue juridique, voir J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., chap. III, p. 24.

circonlocutions du langage judiciaire et juridictionnel paraissent forcées, artificielles, presque malhonnêtes.

Pourquoi, demande Frank, la Cour suprême n'a-t-elle pas reconnu que les anciennes décisions avaient produit un résultat malheureux et devaient être abandonnées pour soutenir qu'elle considérerait une société comme un citoyen, au sein des acceptions disponibles du concept de citoyenneté⁸⁶ ?

Lorsque, dans un cas analogue, une partie seulement des actionnaires étaient aussi citoyens du Massachusetts, comme le demandeur, la Cour suprême refusa d'interdire la tenue du procès et créa une nouvelle règle : dans un tel cas, on présumerait, de façon concluante, indépendamment des faits réels, que tous les actionnaires de la société poursuivie étaient domiciliés dans le Rhode Island. *Quid* lorsqu'un citoyen du Massachusetts poursuit une société du Rhode Island dont il est lui-même actionnaire ? D'après la règle précédente, dit Frank, l'on aurait dû présumer que le citoyen, en raison de sa qualité d'actionnaire, était citoyen de l'État du Rhode Island. En ce sens, un procès devant un tribunal fédéral ne pouvait pas être maintenu. Cependant, la Cour suprême inventa une nouvelle règle : dans les cas où un actionnaire poursuit une société, on présume que tous les autres actionnaires sont citoyens de l'État dans lequel la société poursuivie a son siège social, à l'exception de l'actionnaire demandeur, dont la citoyenneté doit être prouvée. À défaut, le procès devant une juridiction fédérale est maintenu.

En somme, il existe pléthore de raisons pour considérer une société comme un citoyen, bien que la Cour suprême refuse de l'admettre. Pourquoi ? Parce que reconnaître cela aurait rendu manifeste l'activité législative véritablement rétroactive de la Cour suprême. Et Frank de citer Henry Maine :

les juristes emploient un double langage grâce auquel ils entretiennent un ensemble d'idées double et incohérent par lequel ils décrivent de façon mensongère leur activité, à eux-mêmes et aux autres⁸⁷.

B. Le processus de rationalisation

Qu'est-ce qui caractérise le langage des juristes selon le profane ? L'usage de termes et de concepts équivoques, qui remplissent la fonction de valves de sécurité. Frank cite des exemples de tels concepts : les concepts d'hommes « prudents », « négligents », ceux de « liberté contractuelle », de « bonne foi », de « soin attendu », de « processus attendu ». Il s'agit là selon Frank de termes extrêmement vagues, qui ont pour but de créer une continuité, une uniformité et une précision apparentes qui, en réalité, n'existent même pas. Ce lexique, pour ne pas dire ce jargon, a pour but de dissimuler la différence entre le degré réel de probabilité et la puissance prétendue de l'inférence réelle. Cette attitude n'est cependant pas propre aux juristes et avocats d'après Frank. Profanes et juristes recourent à ces abus de langage dans des proportions différentes. Pour expliquer ce processus, Frank reprend à des psychologues le concept de rationalisation. De quoi s'agit-il ? Du processus visant à nous faire apparaître, aux autres et à nous-mêmes, plus rationnels que nous ne le sommes réellement. La rationalisation, premièrement, dissimule les fondements réels de nos croyances trompeuses et, deuxièmement, nous permet de concilier des croyances incompatibles. En utilisant ce processus, nous nous illusionnons nous-mêmes en donnant des raisons à nos attitudes.

⁸⁶ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *ibid.*, chap. III, p. 27, note 2.

⁸⁷ *Ibid.*, chapter III, p. 29.

Autrement dit, nous nous persuadons nous-mêmes que nos vies sont dirigées par la raison.

En conclusion, la rationalisation constitue le moyen humain d'éviter de reconnaître le conflit de croyances incompatibles. De ce point de vue, cette façon de penser et de parler n'est pas aussi singulière que les profanes et que certains théoriciens du droit semblent le penser. Ceci dit, il est vrai que le raisonnement juridique comprend plus de rationalisations que beaucoup d'autres sujets. Pourquoi ? Parce que les avocats sont obligés de concilier ce qui est incompatible. La tâche quotidienne de l'avocat consiste dans l'expertise en matière d'ajustements pratiques. Quel est donc le fondement de son travail ? Une logique des probabilités. Du point de vue technique, l'avocat et le juriste doivent reconnaître l'irruption de circonstances nouvelles, faire preuve de circonspection, d'adaptation. Le droit ne peut donc que très rarement remplir efficacement sa fonction pratique en opérant certainement, mécaniquement. « Habituellement, dit Frank, les fonctions pratique et idéale sont diamétralement opposées⁸⁸. » Cependant, le conflit est dissimulé. Sur le long terme, la fonction pratique est remplie et les rationalisations donnent l'illusion que le désir d'une certitude rigide a été comblé.

Par conséquent, « Les juristes sont des professionnels de la rationalisation et non pas des hypocrites professionnels⁸⁹. » Pourquoi ? Parce que le droit n'est pas, selon Frank, une science transmissible rationnellement, mais un art qui doit être saisi intuitivement et parce que le droit tel qu'il est réellement pratiqué constitue un des arts majeurs de la rationalisation.

Comment sortir de la rationalisation *a posteriori*, étroitement liée à la conception polémique ou sportive du procès ? En élaborant un nouveau paradigme du procès : celui-ci doit être pensé comme un processus de communication⁹⁰. En référence à Wendell Johnson dans *People in Quandary* (1946, p. 471-981), Frank définit la communication comme « la tentative d'une personne pour transmettre des produits issus de ses abstractions à une autre personne » qui, en retour, produit également ses propres abstractions⁹¹. Le discours, d'après Frank, est un compromis entre deux incommunicabilités ultimes, qui procèdent des subjectivités des communicants. L'on retient souvent que Frank aurait soutenu que la personnalité des juges et des juristes influence immanquablement l'élaboration d'une décision. Cela est vrai. La conception de la subjectivité que propose Frank est cependant complexe et plurielle puisque, d'après lui, l'homme rencontre dans la vie cinq types de subjectivités : (1) celle qui découle des divers héritages sociaux transmis par les divers groupes sociaux ; (2) celle due aux structures grammaticales des langues particulières ; (3) celle qui provient de la localisation physique ; (4) celle qui dérive des attitudes uniques des personnes particulières et (5) celle qui est inhérente aux capacités finies, limitées de tous les êtres humains⁹². La pluralité et la complexité de la subjectivité ont pour conséquence de limiter l'efficacité d'une éventuelle réforme uniquement sémantique, qui pécherait par excès d'optimisme.

D'une façon plus globale, Frank se montre assez méfiant vis-à-vis des possibilités de la logique formelle. Une simple réforme logiciste du langage ne

⁸⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Frank développe cette idée dans *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, *op. cit.*, chap. XIII, « A Trial as a Communicative Process », p. 186.

⁹¹ Voir *ibid.*

⁹² *Ibid.*, p. 187.

permettra pas, selon lui, de résoudre les problèmes liés aux rôles des facteurs subjectifs dans la vie juridique. Pourquoi ? Pour deux raisons. Première raison, parce que Frank s'appuie sur une conception assez décevante de la logique. Il ne parle pas du positivisme logique et ne semble prendre en compte que la syllogistique traditionnelle, la scolastique, qu'il critique beaucoup. Il lui témoigne la même méfiance que celle que lui manifeste Holmes, dont il loue les qualités.

[Chez Holmes] vous trouverez une vaste connaissance de l'histoire du droit, distincte de toute vénération servile du passé, un sens aigu des nécessités actuelles, sans aucune révolte insensée contre les conceptions d'hier, un profond respect pour l'utilité du raisonnement syllogistique inséparable d'une insistance sur l'obligation d'opérer des révisions récurrentes des prémices fondées sur l'analyse patiente des faits et désirs nouveaux⁹³.

Deuxième raison, parce que la psychologie individuelle des acteurs de la vie judiciaire constitue un facteur déterminant de leurs choix en matière de prémisses, notamment quand il s'agit, pour les juges de première instance, dans la constitution de la mineure, d'établir les faits. Dans cette perspective, le syllogisme juridique traditionnel n'apparaît que comme un processus de rationalisation *a posteriori* de la décision. Une réforme de la logique et du langage ordinaire, une tentative de « logiciser » le langage ordinaire n'atteindrait finalement pas autre chose que la couche externe et superficielle des processus de prise de décision judiciaire.

Le désir de scientificité juridique s'appuie sur une théorie trop optimiste du langage. Une bonne syntaxe, *a fortiori* une bonne syntaxe juridique, contrairement au *credo* des positivistes logiques, ne permettra pas de dépasser la subjectivité inhérente à la pratique de l'art juridique et judiciaire. Pourquoi ? Parce que la distinction des sphères privée et publique, des points de vue psychologique et linguistique, doit être relativisée :

La notion de « privé » suggère la « solitude » ; l'attribution de « la réalité » seulement au « public » semble exprimer un désir ardent pour une « expérience partagée », une « appartenance », un esprit pour échapper à l'« anxiété de séparation, intolérable pour le jeune enfant et l'adulte émotionnellement immature »⁹⁴.

Il faut donc considérer avec suspicion tout désir excessif de conférer une scientificité au droit, notamment en recourant à une réforme du langage, dont la portée ne pourrait être que très limitée. Pour l'expliquer, Frank recourt à une typologie. En 1931, il avait distingué deux types d'affaires : les affaires de premier type regroupent cinq caractéristiques qui forment un contexte dans lequel des accords sont probables en matière de jurisprudence.

Là où les faits des affaires sont (1) très simples, (2) fondés sur des témoignages non-contradictoires et (3) constituent un problème dramatique et hautement stéréotypé (comme une agression violente ou le fait de conduire rapidement sur le mauvais côté de la route [...]) et (4) jugés sans jury, par (5) des juges qui sont honnêtes – alors il y a une uniformité modérée dans les décisions⁹⁵.

Cependant, insiste Frank, peu d'affaires sont de ce type : « Dans l'élaboration de la plupart des décisions judiciaires des affaires "contestées" les éléments

⁹³ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, chap. II, « Mr. Justice Oliver Wendell Holmes, the Completely Adult Jurist », p. 270.

⁹⁴ Voir J. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, *op. cit.*, chap. XIII, « A Trial as a Communicative Process », p. 189.

⁹⁵ *Ibid.*, « Are Judges Human ? », *University of Pennsylvania Law Review*, 80, 1931, p. 251.

inconnaisables, incommunicables, “privés” de la pensée du juge jouent un rôle incalculable⁹⁶. » La sphère privée joue déjà un rôle très important dans les sciences dures ; *a fortiori* doit-elle jouer un rôle encore plus important dans un art comme le droit :

Même les formulations les « plus pures » des physiciens ne sont-elles pas « subjectives » en ce sens qu’elles sont incurablement anthropomorphiques ? [...] L’« équation personnelle » (sous la forme des mobiles, des préjugés et des préférences du penseur scientifique) n’entre-t-elle pas souvent dans l’élaboration des formules du physicien lui-même ? Les défenseurs de la distinction entre « public » et « privé », conclut Frank, évitent la nécessité de discuter ces questions⁹⁷.

C. L’écriture judiciaire

À côté de ce premier problème, somme toute assez classique en philosophie du langage, de l’ineffable subjectivité des personnes impliquées dans la pratique judiciaire et dans la théorie du droit, Frank en détermine un second, que l’on pourrait appeler le problème de la langue en général, et plus particulièrement de l’écriture judiciaire et juridique. Frank avait abordé explicitement ce problème de la langue juridique dans un article publié anonymement en 1943 dans la *Virginia Law Review* intitulé *Le Discours des juges, une opinion dissidente (The Speech of Judges: a Dissenting Opinion)*⁹⁸. Dans cet article, Frank critique la langue du juge Cardozo, successeur de Holmes à la Cour suprême en 1932, en qui les contemporains voyaient le modèle de l’écriture et du raisonnement juridiques. Conscient du fait que ses thèses sur Cardozo ne manqueraient pas de choquer les milieux universitaire et juridique, Frank préféra signer son article Anon. Y. Mous.

Alors que le style de Cardozo semblait faire l’unanimité, cet éloge pourrait avoir, selon Frank, pour effet indésirable de retarder le développement de ce qui se produit par ailleurs, à savoir le développement aux États-Unis d’un style linguistique proprement américain. En effet, Frank évoque sa visite dans une cour d’appel anglaise pour établir son diagnostic :

Je me rappelle avoir visité il y a plus de dix ans une cour d’appel en Angleterre. Les paroles étaient prononcées sans aucune préparation ni l’assistance d’aucune note. J’étais étonné par leur excellence littéraire. Je ne pouvais pas m’imaginer un juge américain capable d’accomplir cette performance. Quel lot inférieur constituent nos juges, pensai-je. Les plus médiocres ou les plus banals des Anglais modérément éduqués pourraient, sans aucun effort, parler d’une manière que peu d’Américains de génie pourraient égaler au moyen de leurs écrits les mieux et les plus précautionneusement préparés. Pourquoi ? Parce que les Anglais parlent et écrivent en anglais. Cependant, les Américains essaient d’écrire en anglais mais pensent en américain⁹⁹.

Or, d’après Frank, il n’y a pas de raison légitime de perpétuer ce divorce entre langue écrite et langue parlée. Une langue écrite devrait être directement reliée à la langue parlée. Or, puisqu’en Amérique, la langue parlée n’est pas l’anglais, la langue employée à l’écrit en Amérique ne devrait pas être l’anglais.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, p. 251, note 46.

⁹⁸ J. FRANK, « The Speech of Judges: A Dissenting Opinion », *Virginia Law Review*, 29, 1943, publié dans J. FRANK, *A Man’s Reach, The Philosophy of Judge Jerome Frank*, op. cit, p. 35.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 37.

Je répète que c'est une mauvaise médecine pour les Américains de parler américain et d'essayer d'écrire en anglais. Car on pense avec la langue¹⁰⁰.

Il est vrai, cependant, que le rapport linguistique de l'anglais et de l'américain rend la tâche plus difficile :

Le simple fait que l'anglais n'est pas manifestement étranger – que les différences entre l'américain et l'anglais sont subtiles, de telle sorte que nous ne sommes pas conscients de la tâche que nous nous imposons à nous-mêmes – peut faire de cette tâche la plus grande que nous ayons à accomplir¹⁰¹.

Une telle réforme stylistique, autrement dit une américanisation de l'écriture juridique et judiciaire, est-elle possible ? Les évolutions littéraires permettent de le présumer : « [...] les écrits de Thoreau et de M. Justice Holmes sont pleins d'idiomes indigènes, sont élaborés à partir de la langue parlée américaine de leur époque, améliorée et polie. » Frank reconnaît en Cardozo un bel esprit. Cependant, soutient Frank, Cardozo se retira intellectuellement du XX^e siècle pour imiter le style anglais du XVIII^e siècle. C'est ce que nous pourrions, avec Frank, appeler le paradoxe de Cardozo :

[...] il écrivait dans l'Amérique du XX^e siècle non pas dans l'idiome américain d'aujourd'hui mais dans un style qui employait un « anglais de roi » obsolète d'il y a deux cents ans. De Cardozo, dit Frank, l'on pourrait dire « que l'on pourrait presque apprendre l'anglais (et non pas l'américain) en lisant ses opinions »¹⁰².

Quelles sont donc les raisons pour lesquelles on estime tant le style de Cardozo ? En partie parce qu'il évite l'idiome américain pittoresque :

parce que c'est du caviar pour le général, parce que le citoyen John Q trouve ce que dit Cardozo difficile à comprendre, parce que certains de ceux qui admiraient son mode d'écriture peuvent se flatter eux-mêmes de partager les vertus de la classe supérieure anglaise, et parce que beaucoup de ceux qui ne le comprennent pas apprécient le snobisme, qui consiste à saluer les façons de ceux qui semblent constituer une caste supérieure¹⁰³.

À titre d'exemple, Frank identifie un élément du style de Cardozo qui lui paraît à la fois symptomatique de sa fascination pour l'anglais du XVIII^e siècle et source d'un malentendu aux conséquences pratiques juridiques potentielles : sa prédilection pour les métaphores. Frank rappelle que Cardozo « nous dit que, quand il était un jeune avocat, il avait eu une “foi aveugle” dans le fait que les tribunaux suivaient les précédents “inexorablement jusqu'aux limites de leur logique”. » Il confessa qu'après avoir mûri, il prit conscience du niveau élevé d'incertitude juridique qui règne dans le droit. Cependant, pour des raisons émotionnelles, il ne put jamais se résoudre à accepter cette incertitude comme un fait inévitable. Frank utilise cet aveu biographique pour établir un diagnostic :

Ce combat entre la recherche d'un absolu dans le droit et la reconnaissance de son impossibilité fut sans doute une cause importante de cette affection pour les expressions inversées, les constructions négatives, les tournures de phrases sinieuses, les métaphores élaborées¹⁰⁴.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰² *Ibid.*, p. 40.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 43.

Or, d'après Frank, le maniérisme de Cardozo constitue parfois une pure nuisance pour le juriste, qui doit faire usage de ses opinions judiciaires dans le monde de tous les jours. « Le style du juge Cardozo pourrait-il être moins efficace pour être moins indirect ? », demande Frank. C'est le point de vue de l'efficacité pratique qui devrait primer dans le choix d'un style de composition judiciaire. « [...] la simplification, soutient Frank en citant Toynbee, est, généralement, le sentier du progrès¹⁰⁵. » Frank fait de la lucidité le fondement de l'opinion judiciaire : « Et la lucidité est la qualité de base des bonnes opinions judiciaires¹⁰⁶. » Dans cette perspective, l'objectif de la clarté peut conférer sa pertinence à l'usage de facultés littéraires :

Les capacités littéraires, si elles promeuvent la clarté, sont une bénédiction pour un juge. Une écriture vivante, provocante, et gracieuse, non seulement ne sont pas inappropriées mais sont bienvenues dans les opinions judiciaires¹⁰⁷.

Comment éviter l'obscurité, pour atteindre la clarté ? Les juges américains devraient écrire en bon américain. Comment y parvenir ? En choisissant parmi les juges américains d'autres modèles rédactionnels que Cardozo. Frank en propose trois :

Je nommerai trois juges : M. Justice Black, M. Justice Douglas et M. Justice Jackson. Ils écrivent en grande partie comme ils parlent, comme leurs contemporains parlent. Contrairement à Cardozo, ils expriment les idées d'aujourd'hui dans l'idiome américain d'aujourd'hui. Ils emploient une langue américaine directe et vigoureuse¹⁰⁸.

En quoi consiste donc la différence essentielle qui distingue ces trois juges de Cardozo ? Dans le fait qu'ils s'adressent à leurs contemporains, sans essayer d'imiter l'Angleterre du XVIII^e siècle ni d'écrire pour la postérité. Et Frank prétend ici remarquer, de façon quelque peu discutable, ce qu'il considère constituer un paradoxe de l'histoire littéraire :

C'est, en effet, un paradoxe, que la plupart des écrivains que la postérité a chéris soient des hommes qui, comme Shakespeare et Montaigne, n'ont pas tenu compte de ce que les hommes d'autres époques ou d'autres pays pensaient d'eux ; ils écrivaient pour leurs contemporains¹⁰⁹.

Et Frank de conclure la comparaison :

Black, Douglas et Jackson écrivent dans leur langue maternelle. À propos de Cardozo, l'on pourrait bien dire ceci : il admettrait que, parfois, il écrivait avec la langue dans le creux de la joue. Et que, souvent, rajoute Frank, cette langue n'était pas sa langue maternelle¹¹⁰.

En conclusion, Frank appelle de ses vœux des juges américains capables d'écrire en américain, c'est-à-dire dans leur langue maternelle, et non pas dans l'anglais soutenu du XVIII^e siècle, que les intellectuels américains, au premier rang desquels figure précisément Cardozo, ne cessent d'imiter pour combler un complexe d'infériorité intellectuelle envers l'ancienne métropole. Ironie du sort, Frank reconnaît qu'il tombe dans les mêmes travers et que s'il a tendance à vivre en

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹¹⁰ *Ibid.*

américain, il pense et s'exprime en anglais. En tout état de cause, l'écriture juridique constitue bel et bien pour lui un problème de droit et de philosophie du droit, aux conséquences pratiques potentielles d'importance, qui doit être abordé sous le double aspect des possibilités respectives du langage et de la langue et susciter des réformes en matière d'écriture juridique et judiciaire. Dans *États-Unis contre Rubenstein*, le problème de la langue et de l'écriture est simplement mentionné. Les conventions de l'écriture judiciaire constituent selon Frank autant de dispositifs de dissimulation des incertitudes (conscientes ou non, c'est toute la question pour Frank, puisqu'elles sont indépassables) inhérentes au processus de jugement en général et à l'établissement des faits en première instance en particulier. L'argument est encore plus vrai pour les opinions rédigées par les membres des cours d'appel puisque, dans le système judiciaire américain, les cours d'appel ne rejettent pas les faits d'une affaire. Elles ne sauraient en avoir le droit, puisque l'établissement des faits est de la compétence exclusive du tribunal de première instance, qu'il siège avec ou sans jury. Les cours d'appel ne disposent donc que du dossier, c'est-à-dire du témoignage écrit des membres du tribunal de première instance à propos des éléments matériels et des témoins considérés et entendus lors de l'audience. Autrement dit, les cours d'appel, pour reprendre une formule utilisée par Frank, travaillent sur le témoignage de témoins de témoignages... Les conventions d'écriture judiciaire risquent donc fort de comporter deux défauts. Premier défaut, elles constituent souvent un dispositif de mise en forme *a posteriori* d'un entrelacs de faits et de règles, dont le jugement n'obéit pas à des processus logiques. Deuxième défaut, la langue qu'elles imposent n'est pas celle des justiciables, qu'elle peut tromper.

De ce point de vue, la question du rôle des cours d'appel est certes fondamentale, mais peut-être pour d'autres raisons que celles que l'on imagine couramment. Les cours d'appel rédigent des opinions judiciaires sur lesquelles s'appuient les avocats, les professeurs et les philosophes du droit ; elles sont donc au premier chef concernées par le problème de l'écriture judiciaire. Certaines juridictions de première instance, dit Frank, ne rédigent pas de motivations écrites de leurs décisions et, quand bien même elles le font, ces écrits attirent peu l'attention des professionnels et des philosophes du droit. Cela est un tort, d'après Frank, puisque les juridictions de première instance font bien plus le droit que les cours d'appel : la majorité des décisions de première instance ne font jamais l'objet d'un appel et, le cas échéant, dans leurs décisions, les cours d'appel se contentent couramment de reprendre l'établissement des faits élaboré par la juridiction de première instance. Il serait, pour autant, exagéré de soutenir que les cours d'appel n'auraient aucun rôle au sein de la construction théorique de Frank.

V. LE RÔLE ÉDUCATIF DES COURS D'APPEL

Connaître la réalité des activités des juridictions constitue pour Frank un véritable enjeu démocratique. Puisque les tribunaux constituent une partie importante du gouvernement démocratique, et que la véritable démocratie exige de ses citoyens une parfaite connaissance de ses institutions et de son fonctionnement, aucune partie du gouvernement et de son action ne devraient constituer un mystère pour les citoyens. Or, constate Frank, le gouvernement des palais de justice est toujours un mystère pour les personnes qui ne sont pas juristes. Les juridictions d'appel, lorsqu'elles rendent et motivent leurs décisions, exercent en plus de leur fonction pratique un rôle théorique, pédagogique et éducatif. Frank l'affirme explicitement à la fin de son opinion dissidente : « [...] si, au moyen

d'annulations prononcées dans des affaires comme celles-ci, nous apprenons aux procureurs et aux juges de première instance à empêcher l'injustice envers une personne au cours d'un procès¹¹¹. » Malheureusement, l'exercice de ce rôle théorique et la formation de cette connaissance sont difficiles à mettre en œuvre parce que « des légendes et des mythes se sont formés, qui obscurcissent toujours les réalités¹¹² ».

A. L'élimination sceptique des légendes

Frank assigne donc un but à son scepticisme : il s'agit de passer derrière les mythes et de montrer comment les tribunaux opèrent effectivement. Deux éléments motivent le choix de cet objectif. D'une part, une exigence de l'éthique démocratique : les citoyens doivent pouvoir savoir ce que les agents du service public, parmi lesquels figurent les juges, font et comment ils le font. D'autre part, l'entreprise initiée par Holmes enhardit Frank dans sa propre entreprise. Holmes, dit Frank, prétendait dans une conférence prononcée en 1897 « dissoudre dans l'acide certaines notions juridiques ampoulées et irréalistes¹¹³ ».

À la recherche d'un mythe et de ses externalités négatives, Frank part d'une lacune : l'absence de prise en compte du travail d'établissement des faits en première instance dans les procès individuels. La littérature, dit Frank, a passé outre ce problème. À titre d'exemple, Frank cite, encore, le travail de Cardozo, qui constitue l'une de ses cibles privilégiées. La querelle qui l'oppose à Cardozo comporte de nombreux enjeux : l'héritage de Holmes, du pragmatisme américain et la remise en question du statut prétendument scientifique du droit, à travers la critique de la rationalisation *a posteriori*, dont nous avons déjà parlé.

Frank se sépara également de Benjamin N. Cardozo. Bien que membre du camp réaliste, ce dernier recherchait un « principe de rationalisation » qui permettrait d'éliminer « la discorde et le désordre » [de la vie juridique]. Dans *The Nature of the Judicial Process*, Cardozo décrivait la façon dont les juges, lui compris, essayaient de répondre au double besoin de continuité et de changement du droit. Cardozo, figure la plus brillante et la plus éloquente en matière de rationalisation, devint la bête noire de Frank¹¹⁴.

Selon Frank, le travail de Cardozo ne traite que trop peu de l'établissement des faits. Comment expliquer cette lacune ? Elle procède d'une erreur d'évaluation : on accorde tout le prestige social et intellectuel aux cours d'appel et aux juges qui y siègent. Or, d'après Frank :

l'établissement des faits par les tribunaux de première instance est la partie la plus rude de la fonction judiciaire [...] c'est là qu'une réforme est la plus nécessaire [...]. [En comparaison] le travail des cours d'appel est simple et aisé, et ces juridictions l'accomplissent assez bien¹¹⁵.

¹¹¹J. FRANK, *United States v. Rubenstein*, 151F. 2d 915 (1945) repris dans l'anthologie de B. FRANK KRISTEIN, *A Man's Reach, The Philosophy of Judge Jerome Frank*, op. cit., p. 324.

¹¹²J. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, op. cit., chap. I, « The Needless Mystery of Court-house Government », p. 1.

¹¹³ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁴ R. J. GLENNON, *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact on American Law*, op. cit., p. 46.

¹¹⁵J. FRANK, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, op. cit., chap. I, « The Needless Mystery of Court-house Government », p. 4.

Peu de livres ou d'articles de philosophie du droit ont mentionné le caractère aléatoire et capricieux des procès de première instance et, plus particulièrement, les obstacles à la prédiction qui sont inhérents à l'établissement des faits. Cardozo constitue, une fois de plus, un exemple stratégique et Frank lui consacre son attention : « En diminuant la portée du processus judiciaire [...] Cardozo bloqua la recherche sur les performances réelles du gouvernement des palais de justice¹¹⁶. » Pourquoi ? « À cause d'un angle mort », répond Frank, en employant un langage imagé, qui constitue le symptôme d'une maladie professionnelle :

Il [c'est-à-dire Cardozo] avait un angle mort. Il souffrait d'une maladie professionnelle dont les juges des cours d'appel sont susceptibles d'être victimes, appelée la « cour d'appelite »¹¹⁷.

Et Frank de poursuivre l'établissement du diagnostic de Cardozo : victime de ce syndrome professionnel, Cardozo n'a malheureusement pas jugé bon de lire les manuels de stratégie judiciaire¹¹⁸. Pourquoi ? Peut-être parce que Cardozo considérait que ces livres ne s'adressaient qu'à un lectorat restreint et ne devaient pas être lus par ceux qui s'obstinent à croire et à faire croire qu'une action en justice est un processus de découverte de la vérité au moyen de dispositifs rationnels. Cette attitude de déni, et la censure littéraire qu'elle a pour conséquence, semblent, à lire Frank, assez partagées parmi les professionnels du droit, comme l'illustre la recension d'un de ses manuels par le professeur Morgan, que Frank cite :

Là, Morgan, critiquant le *Trial's Technique* (1935) de Goldstein, dit : « Ayant l'intention d'être le livre d'un avocat, il sera selon toute probabilité lu seulement par les avocats et par ceux qui veulent devenir avocats. Et des prières ferventes devraient être formulées par ceux qui veulent croire, et qui veulent que les autres croient, qu'une action en justice est un processus de découverte de la vérité au moyen de processus rationnels... Si seulement, ajoute Morgan, un critique pouvait affirmer que ce livre est un guide non pas des palais de justice mais des quartiers rouges du droit ! Cependant, le respect qu'on doit à la vérité nous oblige à admettre que Monsieur Goldstein a raconté son histoire de manière véridique. »¹¹⁹

B. Virus et mythe

Comment comprendre le virus de la « cour d'appelite », diagnostiqué par Frank ? Il s'agit de la contamination par une ambiance générale. Frank le décrit au moyen d'une étude comparative des ambiances qui règnent respectivement dans les cours d'appel et dans les tribunaux de première instance :

¹¹⁶ J. FRANK, « Cardozo and the Upper-Court Myth », *Law and Contemporary Problems*, 13, 1948, p. 385.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 386.

¹¹⁸ Pour se familiariser avec le type d'ouvrages en question, voir A. S. CUTLER, *Successful Trial Tactics*, New York, Prentice-Hal, Inc., 1949, avec une préface de Jerome Frank lui-même, dans laquelle ce dernier déclare, page v : « Voici un livre commis par un avocat doté d'une très belle intelligence et qui a exercé pendant environ trente ans avec succès dans les tribunaux de première instance. [...] Sans être d'accord avec certaines de ses idées et prises de position (parmi lesquelles figurent le culte du verdict général, le système du jury civil), je recommande sincèrement ce livre aux professionnels du droit. [...] Les méthodes que nous employons dans nos juridictions de première instance ont grandement besoin d'être réformées si nous désirons voir la justice administrée comme il convient ; le caractère désirable et la possibilité de telles réformes n'auront que peu de signification pour ceux qui ne sont pas familiers des agissements habituels des tribunaux de première instance. »

¹¹⁹ J. FRANK, « Cardozo and the Upper-Court Myth », art. cité, p. 386, note 832.

Dans le genre de salles d'audience où Cardozo a passé la majorité de sa vie professionnelle, l'atmosphère est sereine, stratosphérique. Là, les avocats s'adressent à la Cour ; et ils doivent le faire en respectant la bienséance, d'une manière ordonnée, digne. [...] Peu se demandent si un juge, après plusieurs années passées dans une Cour sereine, devient oublieux du manque de sérénité caractéristique des procès, et développe une myopie qui limite son champ de vision¹²⁰.

Et Frank poursuit en assimilant ces juges victimes de « cour d'appelite » aux patients myopes depuis longtemps auxquels un ophtalmologue vient de prescrire une paire de lunettes :

Quand, nous dit-on, finalement, ils se décident à porter des lunettes, ils sont fréquemment déçus... La conversation suivante a souvent lieu :

Le patient : « Docteur, je pense que ces lunettes ne fonctionnent pas bien. Je ne peux pas les porter. »

Le docteur : « Vous m'avez l'air capable de voir assez clairement avec elles. Quel est le problème ? »

Le patient : « Je ne les supporte pas. Elles donnent à tous mes amis l'air horrible. Ils ont des boutons sur le visage et leurs cols sont sales, et toutes les maisons semblent si désordonnées et vieilles. Je n'aime pas cela. Je ne veux pas voir tout cela en détail¹²¹. »

La fréquentation exclusive des cours d'appel produit la « cour d'appelite », qui entraîne une myopie intellectuelle, un déni de la réalité, qui ne produit que des politiques à courte vue. Ajoutons à cela le prestige intellectuel et social conféré aux juges des cours d'appel, et, *a fortiori*, aux juges de la Cour suprême, ainsi que l'influence qui en découle, et nous comprendrons pourquoi les recherches en philosophie du droit n'ont pas pu assez prendre en compte le fonctionnement des tribunaux de première instance en général et le problème de l'établissement des faits par ceux-ci.

Je pense, dit Frank, que c'est le cas de Cardozo. Il exploita son prestige pour bloquer un mouvement [il s'agit du réalisme juridique] destiné à empêcher la profession d'abandonner sa responsabilité pour les conditions d'exercice des tribunaux de première instance. C'était, en effet, une politique à courte vue. [...] Il avait une « volonté de croire » et « une volonté de voir les autres croire » que, dans l'ensemble, nos tribunaux emploient des procédures intégralement rationnelles. Il traita son « besoin », son désir, comme s'il s'agissait d'une description des réalités existantes dans les palais de justice. En d'autres termes, souvent quand il disait « Ceci est la façon dont les choses se déroulent », il aurait dû dire : « C'est la façon dont les choses devraient se dérouler. »¹²²

Cette myopie intellectuelle, effet de la « cour d'appelite », s'accompagne d'une fascination pour la règle de droit. Frank, pour sa part, réévalue l'importance de la règle du droit à la lumière de la reconnaissance du rôle central de l'établissement des faits :

Comme une règle « substantielle » déclare seulement que des conséquences juridiques particulières seront attachées à des états de fait particuliers, la règle devrait être opératoire seulement dans des affaires particulières dans lesquelles ces faits se sont réellement produits. Par conséquent, la politique sociale incarnée dans toute règle de ce type n'est pas réellement appliquée quand, en décidant une affaire, un tribunal, à travers la mauvaise appréhension de ce qui s'est

¹²⁰ *Ibid.*, p. 387, note 82.

¹²¹ *Ibid.*, note 82.

¹²² *Ibid.*, p. 387, note 85.

réellement passé, applique cette règle à des faits qui en vérité n'ont jamais existé. L'ensemble de l'entreprise avorte : appliquer erronément une règle à des faits non existants, à des faits erronément « établis », n'est pas une opération moins injuste, moins défailante de l'administration judiciaire, que d'appliquer une règle juridique « substantielle » erronée aux faits réels¹²³.

Frank conclut : « Une erreur dans l'établissement des faits produit ainsi ce qui pourrait être appelé une "injustice conforme au droit"¹²⁴. » Malheureusement, les efforts majeurs des réformateurs du système judiciaire se sont concentrés sur la formulation et l'interprétation des règles, ainsi que sur les actions des juridictions supérieures. De telles velléités ne sont pas seulement illégitimes intellectuellement parlant, mais sont aussi préjudiciables pratiquement puisque, si amélioration il y a,

ces améliorations seront sans nécessité annihilées juste dans la mesure où le processus d'établissement des faits demeure insuffisamment analysé, et, par conséquent, inutilement défailant. L'établissement des faits est aujourd'hui le point faible de l'administration de la justice¹²⁵.

Frank précise son propos en reprenant la formalisation classique, courante et, somme toute, assez sommaire, de la prise de décision judiciaire. Si l'on symbolise la règle de droit par R, les faits de l'affaire par F et la décision judiciaire par D, nous obtenons la formule suivante : $R \times F = D$.

Sur ce fondement, dit Frank, des F erronés mèneront à une D erronée. Comme les F consistent dans la croyance du tribunal de première instance à propos de ce que furent les faits réels passés, les F, par conséquent les D seront erronés si le tribunal a établi ses F en se fondant sur des preuves erronées. [...] Tout cela, je pense, tend à montrer que nos tribunaux de première instance endossent une plus vaste responsabilité pour la vérification, aussi précise que possible, des faits réels des litiges¹²⁶.

Avec ironie, une fois de plus, Frank se réfère à une allocution prononcée par Cardozo en 1931, dans laquelle il parlait des « mythes qui s'amassent autour des institutions », et ajoutait que souvent de tels « mythes constituent vraiment la chose importante » et « plus intéressante que le réel¹²⁷ ». En affirmant l'importance et la valeur des mythes institutionnels, Cardozo donne à Frank les moyens de le critiquer :

Car, dit Frank, dans tous ses écrits, Cardozo a aidé à rendre possible ce que j'appellerais le mythe de la cour d'appel ; le mythe selon lequel les opinions des cours d'appel constituent « l'élément essentiel » dans le gouvernement des palais de justice. Je pense que ce mythe est déplorable. Il nous confère à nous, juges en appel, trop de prestige public¹²⁸.

Ce mythe coupe les professionnels et les théoriciens de la réalité. Sous son influence, ceux-ci sous-estiment l'importance fondamentale des tribunaux de première instance et le fait que les juges en première instance rencontrent des difficultés bien plus importantes que les juges en appel. D'où proviennent ces

¹²³ *Ibid.*, p. 388.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, p. 389.

¹²⁷ B. N. CARDOZO, « Faith, and a Doubting World », in M. E. HALL (dir.), *Selected Writings of Benjamin Cardozo*, New York, Fallon Law Book Company, 1947, p. 104-105. Cité par Frank dans J. FRANK, « Cardozo and the Upper-Court Myth », art. cité, p. 389.

¹²⁸ J. FRANK, « Cardozo and the Upper-Court Myth », art. cité, p. 389.

difficultés ? D'une part du caractère propre au travail des juridictions de première instance, qui implique l'établissement des faits et les difficultés qui y sont liées, et, d'autre part, ce que Frank considère être la vétusté des procédures judiciaires américaines. La dissolution de ce mythe de la cour d'appel, symptôme de l'influence du virus de la « cour d'appelite », implique un changement des jugements de valeur sociaux. De plus, Frank propose une liste non exhaustive de réformes :

Pour améliorer l'administration de la justice, nous devons au moins remanier le système du jury, revoir nos règles en matière de preuves, proposer une formation spéciale pour les magistrats de première instance, engager davantage (sans renoncer aux aspects essentiels de la procédure polémique) la responsabilité du gouvernement pour s'assurer que tous les éléments de preuve importants et pratiquement disponibles sont présentés au cours des procès¹²⁹.

Certes, la perfection est inaccessible, mais cette inaccessibilité ne saurait constituer une excuse pour renoncer à toute amélioration. Ces améliorations et d'autres ne seront pas atteintes tant que les juges de grand renom, comme Cardozo, continuent à encourager la croyance dans le mythe de la cour d'appel.

C. Le véritable rôle des cours d'appel

L'attachement maladif à des croyances erronées bloque les réformes et l'amélioration perpétuelle du système judiciaire qui doit constituer, dans le contexte d'une philosophie mélioriste pragmatiste qui inspire Frank, l'objectif de la théorie du droit. Les hommes s'identifient à leurs croyances. Néanmoins, renoncer à des croyances erronées, ce n'est pas renoncer à sa propre identité, mais se donner la possibilité de les remplacer par des croyances vraies, et, par conséquent, de progresser. Puisque les cours d'appel américaines n'ont pas à connaître des faits, Frank refuse de voir en elles le facteur essentiel du système judiciaire américain. Quel est donc leur rôle ? Elles doivent former les juges de première instance au moyen de leurs confirmations et de leurs infirmations de verdicts, d'une part, en respectant les dispositions de la loi, de la Constitution et les recommandations de la Cour suprême, d'autre part. En aucun cas les juges d'appel ne sauraient devenir des législateurs, surtout pas en faisant usage d'abus de langage pour créer des fictions illégitimes, telles que la théorie de l'erreur non-préjudiciable comme dans *États-Unis contre Rubenstein*. À cette nuance près, toutefois, que le système des opinions dissidentes, auquel Frank semblait particulièrement attaché, peut permettre aux juges d'appel de dialoguer avec la Cour suprême voire, comme ce fut souvent le cas pour Frank, de motiver des revirements de la juridiction suprême, qui participent du projet sceptique, pragmatique et réformateur, de Frank.

D'autres thèmes typiques de la philosophie de Frank figurent, de façon plus discrète, dans cette opinion. La référence de l'auteur à la Seconde Guerre mondiale et au rôle de l'Amérique évoque le deuxième ouvrage de Frank, *Save America First*¹³⁰, dans lequel Frank ne reprend en rien, c'est le moins que l'on puisse dire,

¹²⁹ *Ibid.*, p. 389.

¹³⁰ J. FRANK, *Save America First, How to make our Democracy work?*, New York and London, Harper and Brothers Publishers, 1938. Cet ouvrage fut un manifeste frankien en faveur de l'isolationnisme américain à l'aube de la Seconde Guerre mondiale. Par la suite, avant Pearl Harbor, dès la défaite française en 1940, Frank se ravisa et encouragea l'intervention américaine dans la Seconde Guerre mondiale. Il défendit même ouvertement le projet du procès de Nuremberg et l'entreprise du procureur R. H. Jackson. Voir à ce propos : J. FRANK, « War Crimes, Punishment for Today – Precedent for Tomorrow », *Collier's Weekly*, October 13th, 1945 ; Frank, « Prospect for War Debated in Forum: Jerome Frank and Ingestroll Assert We Must Fight if

l'idéologie de la destinée manifeste, ainsi que ses évolutions quant au bien-fondé de l'intervention américaine et quant à la mise en œuvre du procès de Nuremberg. À cela s'ajoutent l'humour et les références, qu'elles soient littéraires, comme Lewis Carroll et Edmund Wilson, ou juridiques comme Edwin Borchard et Learned Hand, que l'on retrouve très fréquemment, dans ses ouvrages, comme dans ses articles et dans ses opinions judiciaires.

Britain is Defeated », *New York Times*, February, 10th, 1944; Frank, « Note to Legalists: Murder was always a Crime », *New York Times*, Sunday August 4th, 1946.

TRADUCTION DU TEXTE DE JEROME FRANK¹³¹

*A Man's Reach, the Philosophy of Judge Jerome Frank*¹³² (extrait)

États-Unis contre Rubenstein

1.

Faits

En 1944, Herman Rubenstein, avocat, fait appel d'un jugement de condamnation qui le déclarait coupable de participation à une entente à des fins d'émigration clandestine. Il était accusé d'avoir fait entrer un étranger aux États-Unis en ayant eu recours à de fausses démarches, ainsi qu'à la dissimulation de faits matériels et à de faux documents. D'après l'exposé du gouvernement en première instance, les faits étaient les suivants : en novembre 1938, Alice Spitz, de nationalité tchécoslovaque, était entrée aux États-Unis grâce à un visa provisoire. Elle voulut rester de façon permanente. Dans ce but, elle se mit d'accord avec un Américain nommé Sandler : celui-ci acceptait de l'épouser et de mettre fin au mariage par un divorce après obtention de son visa définitif par M^{lle} Spitz. Une fois le mariage frauduleux prononcé, M^{lle} Spitz consulta M^e Rubenstein pour savoir comment obtenir un visa. Ce dernier effectua les démarches administratives nécessaires et obtint un visa en recourant à des formulaires variés, qu'il remplit de fausses déclarations et auxquels il ajoute deux lettres aux contenus mensongers, qui portaient sur le statut financier, le caractère de M. Sandler et sur d'autres détails le concernant. M^{lle} Spitz, épouse Sandler, obtint son visa en décembre 1940. M^e Rubenstein organisa alors le divorce en induisant un tiers à signer un affidavit dans lequel il attestait avoir remis des papiers de divorce à M. Sandler ; le même homme jura aussi faussement devant le tribunal avoir surpris Sandler en train de commettre un adultère. Sur la base de ces éléments, le divorce fut prononcé. Lors de l'appel, l'argument principal de M^e Rubenstein portait sur l'admissibilité de l'ensemble des éléments de preuve qui concernaient le divorce, particulièrement ceux qui avaient trait à la subornation de témoin. Il prétendait que la subornation et le faux témoignage constituaient une infraction distincte et indépendante de l'infraction principale, à savoir l'association qui avait pour fin de permettre l'entrée de M^{lle} Spitz dans le pays au moyen d'un visa d'immigration. Le juge Learned Hand, qui rédigea l'opinion par laquelle la cour d'appel confirmait la condamnation, écrit : « [...] c'est du droit bien établi que les témoignages qui sont pertinents pour la preuve d'un délit ne sauraient voir leur force remise en question sous prétexte qu'ils permettent d'exposer la commission d'une autre infraction que celle qui est jugée. » Le juge Frank exprime son désaccord.

2.

Frank, juge en appel, deuxième circuit¹³³ (opinion dissidente) :

Je reconnais, bien entendu, qu'il est légitime d'admettre des preuves que le mariage était fictif, que le prévenu s'était arrangé pour qu'un divorce ait lieu, et

¹³¹ Traduction proposée par Quentin Rouèche.

¹³² Édité par Barbara Frank Kristein, New York, the MacMillan Company, 1965, Introduction d'Edmond Cahn, préface de William O'Douglas, p. 321-324.

¹³³ La Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit est une Cour fédérale d'appel sise à New York qui connaît des appels interjetés contre des jugements de première instance en provenance du Connecticut, du Vermont et de 62 comtés de l'État de New York.

qu'il aida à obtenir ce divorce. Car ces preuves établissent la participation du prévenu à un plan pour violer la loi au moyen d'un faux mariage et de la dissimulation d'un fait matériel.

3.

Cependant, je ne saurais être d'accord pour affirmer qu'il était légitime d'admettre les témoignages supplémentaires (à les considérer comme vrais) qui montraient :

que le prévenu a usé d'un faux *affidavit* et d'un témoin suborné, qui s'est rendu coupable de parjure, pour obtenir le divorce ;

que le prévenu a conseillé à M. Sandler « d'embarquer une fille et de l'emmener dans une chambre d'hôtel », et que celui-ci a refusé ;

que M. Sandler ne disposait pas des documents d'un divorce dont il ne savait rien jusqu'à l'entrée en vigueur du jugement de divorce.

Aucun de ces témoignages n'était nécessaire pour établir le caractère fictif du mariage et le plan illégal qui visait à dissimuler le projet de le faire suivre rapidement par un divorce. À ces seules fins, il suffisait de prouver simplement que le prévenu, depuis le début, avait accepté de participer à la planification d'un mariage fictif et d'un divorce et que, avec son aide, M^{lle} Spitz et M. Sandler purent bel et bien divorcer peu de temps après la cérémonie de mariage.

4.

Le juge Hand soutient que « le procureur devait prouver l'existence de la collusion pour obtenir le divorce », et qu'ainsi, « la forme précise que la collusion avait prise » était sans importance, et que, par conséquent, les témoignages supplémentaires, à propos du faux *affidavit* et de la subornation de témoin, et autres, constituaient des éléments additionnels, qui ne devaient pas causer de préjudice supplémentaire au prévenu. Je ne saurais être d'accord. Sans aucun doute, le procureur devait prouver le rôle du prévenu dans le divorce prémédité consécutif à un mariage, dont le prévenu avait dissimulé l'irréalité à la cour, lors de la procédure de divorce. Cependant, c'est une chose que de montrer l'existence d'une telle faute, constitutive d'une faute professionnelle devant la cour qui juge le divorce (une faute susceptible de justifier une radiation du barreau), voire peut-être d'une infraction d'après le droit de l'État de New York, et c'en est une autre d'ajouter des preuves de la commission de l'infraction distincte et bien plus grave de subornation de témoin. Ces preuves supplémentaires ne sont en rien uniquement additionnelles. De sorte que, alors que, comme l'écrit le juge Hand : « il est clairement établi que les témoignages qui sont pertinents pour établir la preuve d'une infraction ne sont pas sans force sous prétexte qu'ils permettent d'établir la commission d'une autre infraction », cette doctrine ne saurait ici justifier l'admission des témoignages supplémentaires, particulièrement quand ceux-ci tendent à permettre d'établir la subornation au cours de la procédure de divorce [...].

5.

Bien entendu, il aurait été éventuellement possible d'admettre, de façon légitime, ces témoignages additionnels à cause de leur lien étroit avec la crédibilité du prévenu, puisque celui-ci avait accepté de se présenter à la barre ; mais on ne leur assigna pas cette fonction et, en l'absence de toute instruction du juge visant

à limiter leur portée, ils n'auraient donc pas dû être admis en appel [...]. Dans la mesure où ces témoignages étaient hautement susceptibles de susciter l'animosité du jury envers le prévenu, l'échec de ce dernier à objecter particulièrement à leur admission (objection potentielle qu'il fallait distinguer de toute objection contre l'admissibilité de tout témoignage à propos du divorce) ou à requérir la formulation d'instructions limitatives de la part du juge ne permit pas de résorber l'erreur. Je suis certain que si l'un de mes collègues avait siégé en première instance, il aurait, sans attendre une objection de la part du conseil du prévenu, soit exclu les témoignages additionnels, soit délivré des instructions au jury. Il a souvent été considéré (et c'est d'ailleurs ce que nos propres règles disposent) que nous devrions repérer toute erreur réellement sérieuse contre laquelle un prévenu n'aurait pas objecté lors de son procès et la rejeter.

6.

En l'espèce, nous avons devant nous une erreur réellement sérieuse. Les critères employés par la Cour suprême et par la majorité des autres juridictions nous interdisent de la caractériser comme une erreur « non-préjudiciable ». Le seul fondement concevable qui demeure, par conséquent, pour ne pas annuler ce jugement doit être l'application de l'unique interprétation de la formule « erreur non-préjudiciable¹³⁴ », qui est malheureusement devenue courante dans ce circuit. Une lecture superficielle de l'opinion du juge Hand pourrait bien faire apparaître qu'il n'utilise pas la doctrine de « l'erreur non-préjudiciable », puisqu'il écrit que, s'il était vrai que les témoignages additionnels n'étaient pas admissibles, « les témoignages auraient été si préjudiciables que nous ne sommes pas certains que le verdict aurait pu être maintenu » et ajoute : « Nous n'avons pas besoin d'en arriver là, puisque nous ne pensons pas qu'il était erroné d'admettre le témoignage. » (et il continue, dans le même paragraphe à énumérer les raisons en faveur de cette conclusion, qui est pour moi, comme je l'ai écrit ci-dessus, intenable.) Cependant, précisément dans le paragraphe suivant, il abandonne l'hypothèse selon laquelle l'annulation pourrait s'ensuivre si les témoignages s'avéraient non pertinents : il dit maintenant que, même si les témoignages additionnels n'étaient pas légitimes, leur admission « n'a pas causé de préjudice à M^e Rubenstein » ; et, dans le dernier paragraphe de son opinion, il écrit : « Le délit était prouvé au-delà de tout doute possible. [...] » Ces deux remarques contiennent, en version abrégée, la doctrine de l'« erreur non-préjudiciable » du deuxième circuit, c'est-à-dire la doctrine selon laquelle le critère qu'il convient d'utiliser pour déterminer le caractère non-préjudiciable d'un témoignage ne consiste pas dans l'effet probable de son admission sur le jury mais plutôt dans le fait que la Cour d'appel considère ou non le prévenu coupable.

7.

J'ai le plus grand respect pour le juge Hand¹³⁵. Siéger avec lui constitue un privilège inestimable, une source constante d'apprentissage. Par conséquent, j'ai

¹³⁴ Nous traduisons ainsi la formule « *harmless error* ».

¹³⁵ Frank exprimera tout le respect qu'il éprouvait pour son collègue Learned Hand dans l'article qu'il publia en 1957 : « Judge Learned Hand », 24 *University Chicago Law Review*, (1957) 666. Dans ce texte, il fait de Hand la figure du grand juge américain par excellence, qu'il place au même niveau que le patriarche de la Cour suprême, Oliver Wendell Holmes. L'article reprend une série de conférences prononcées en novembre 1955 à Yale, dont des extraits figurent dans

l'habitude de regarder d'un œil suspect mes propres opinions hésitantes quand elles se distinguent largement des siennes. Cependant, sur ce sujet précis, je me trouve de façon récurrente et immanquable en désaccord avec lui. En bref, je ne peux pas accepter la conception suivante, que mes cinq collègues ont adoptée, et qu'il a approuvée avec enthousiasme : si nous, qui siégeons en appel, croyons, sur la seule base de la lecture du dossier, qu'un prévenu est coupable, alors, en général, nous devons estimer qu'une erreur, et particulièrement une erreur portant sur l'admission d'un témoignage, même si celui-ci a pu sérieusement mal disposer le jury envers le prévenu, doit être considérée comme « non-préjudiciable » (cette règle me semble inapplicable lorsque l'erreur consiste dans l'exclusion de témoignages importants...). À plusieurs reprises jusqu'à aujourd'hui, j'ai exposé les raisons pour lesquelles je m'oppose à cette doctrine. Ce que je mentionnerai ici relève en partie d'un résumé et en partie d'une intensification de ces commentaires précédents.

8.

Il est rarement possible, même avec une probabilité modérée, de conjecturer si un prévenu est ou non coupable à partir de la seule consultation d'un dossier écrit ou imprimé. (La vérification des véritables faits d'une affaire, même dans les meilleures circonstances, n'est pas autre chose qu'une conjecture ou qu'une hypothèse : parce que ce processus implique des événements qui se sont produits dans le passé, celui qui établit les faits ne se fonde que sur les récits d'autres personnes. Cela signifie que « l'établissement des faits » repose sur les hypothèses de l'enquêteur à propos de la vérité et du degré de précision de ces récits...) Puisque les juges d'appel n'ont ni vu ni entendu les témoins, ils ne disposent pas d'une voie raisonnablement adéquate pour juger si l'un des témoins a menti ou, à cause de partis pris inconscients ou d'une mémoire hésitante, fourni par inadvertance un témoignage imprécis. (L'observation du comportement des témoins ne constitue en aucune façon une méthode infaillible pour déterminer la précision de leur témoignage. Néanmoins, puisqu'aucune méthode parfaite n'a été élaborée, ces données ont une valeur considérable. Le dossier imprimé omet nécessairement de telles données. Le témoignage d'un menteur patenté peut, une fois imprimé, se montrer bien plus convaincant que celui d'un témoin honnête, prudent. Peut-être que cette difficulté particulière pourrait être dépassée si, en appel, nous disposions de dossiers consistants en enregistrements cinématographiques parlants des procès.) De ce fait, c'est une règle bien établie que la crédibilité des témoins est une question qui relève exclusivement de la compétence du jury. Quand, alors, une cour d'appel, avec une assurance catégorique, dit dans une opinion, comme le fait le juge Hand, qui écrit pour la majorité de la cour dans cette affaire : « Le délit a été prouvé au-delà de tout doute, même le plus minuscule », ce qu'elle veut dire en réalité, avec tous ses accents magistraux, ne revient à rien de plus que ceci : « Puisque nous n'étions pas présents lors du procès, nous n'avons ni observé ni entendu les témoins, et ne pouvons déterminer leur crédibilité. Cependant, nous pouvons faire l'hypothèse, peut-être totalement erronée en fait, que les témoins du gouvernement ont fourni des témoignages honnêtes et précis, et que les témoignages fournis par les témoins de la défense, dans la mesure où ils contredisaient ceux des témoins du gouvernement, étaient totalement indignes de confiance. C'est seulement en faisant cette hypothèse (et, par conséquent, en

l'anthologie de B. K. FRANK, *A Man's Reach, the Selected Writings of Judge Jerome Frank*, op. cit., p. 48-73.

n'accordant pas d'attention aux témoignages présentés par la défense) que nous en venons à la conclusion que la culpabilité du prévenu est indubitablement claire. » Si cette hypothèse implicite était explicitement formulée dans une telle opinion, l'apparente certitude indubitable avec laquelle la cour d'appel reconnaît la culpabilité du prévenu disparaîtrait, et la faiblesse de la doctrine de l'erreur non-préjudiciable de cette cour demanderait à être examinée.

9.

Car voyez plutôt : mes collègues ont pour règle de négliger les erreurs dans l'admission des témoignages, quand (sans égard au verdict du jury) le dossier, d'après eux, montre que le prévenu est coupable. Cependant, pourquoi le dossier le montre-t-il ? Seulement à cause d'une hypothèse, qui peut aisément relever d'une fiction, selon laquelle les témoignages favorables à la défense ne sont pas fiables. Si mes collègues avaient été présents lors du procès, ils auraient peut-être conclu que les témoignages proposés par le gouvernement n'étaient pas dignes de confiance sur des points clés de l'affaire. Mes collègues utilisent l'hypothèse contraire précisément parce qu'ils n'étaient pas présents lors du procès, ce qui souligne le caractère inapproprié de leur attitude, qui consiste à soutenir la condamnation sur le seul fondement que, indépendamment du verdict du jury, ils estiment le prévenu coupable.

10.

Dans une telle affaire, l'usage injustifié de l'hypothèse à propos des témoignages en faveur du gouvernement doit être distingué de son usage approprié dans d'autres contextes : dans une affaire au cours de laquelle aucun témoignage préjudiciable ne fut admis de façon erronée, et quand un prévenu demande à une cour d'appel d'annuler sa condamnation sur le seul fondement que les témoignages qui figurent dans le dossier sont tels qu'aucun jury raisonnable n'aurait pu le juger coupable, les juges sont obligés de recourir à ce type de fiction. Puisqu'ils étaient absents lors du procès et puisque la crédibilité des témoins est une question qui ne relève que de la compétence du jury, les juges, nécessairement, doivent supposer qu'il est vrai (et peu importe que tel soit ou non le cas en réalité) que tous les témoignages en faveur de la culpabilité ont été fournis par des témoins crédibles, fiables, honnêtes et que tous les autres témoignages ne l'étaient pas. Cette hypothèse (qui relève de la fiction, du « comme si¹³⁶ ») dans une telle affaire est inévitable ; par conséquent, elle est nécessaire ; par conséquent elle est acceptable. On notera, en revanche, que, dans de telles circonstances, les juges ont au moins eu devant eux, bien que sous une forme imprimée, les mêmes témoignages, ni plus ni moins que ceux qui avaient été présentés au jury. Cependant, cette hypothèse (cette fiction) n'est pas nécessaire, et n'est par conséquent pas acceptable, lorsque (comme c'est le cas ici) le dossier contient des témoignages préjudiciables dont l'admission n'était pas légitime. Car le problème qui se pose en appel n'est pas alors de savoir si, en faisant cette hypothèse, et sur la base du même dossier que celui qui fut fourni au jury, le jury a bien jugé le prévenu coupable. Si, dans une affaire comme celle-ci, les juges concluent que le prévenu est coupable, ils parviennent à cette conclusion en ignorant des éléments importants qui ont été présentés au jury et qui ont bien pu motiver son verdict. Dans de telles

¹³⁶ Nous traduisons ainsi la locution « *as if* », que Frank emploie couramment comme substantif dans *Law and the Modern Mind*, *op. cit.* et *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, *op. cit.*

circonstances, les juges se prononcent contre le prévenu, non pas en confirmant le verdict du jury sur la base du dossier que le jury avait eu à sa disposition, mais à partir d'un dossier qui présente des différences frappantes. [...] Dans tous les domaines de la pensée, les fictions doivent être employées avec précautions. Elles forment des « mensonges utiles », des déclarations qui, bien que contraires à la vérité ou invérifiables, sont néanmoins immensément commodes et souvent nécessaires. Cependant, alors qu'une fiction peut avoir une telle valeur dans un contexte donné, elle peut être préjudiciable dans un autre. L'« extrapolation », qui est toujours une pratique délicate, l'est encore davantage quand on l'applique à des fictions [...]. Pour cette raison, j'ai dit que les juges d'appel décident dans ce genre d'affaires « indépendamment du verdict du jury ».

11.

Le fait important est que dans ce circuit, l'erreur « non-préjudiciable » ne signifie pas simplement que le témoignage admis illégitimement était tel que, selon toute probabilité, il ne faisait aucune différence dans l'esprit du jury ; si telle était la règle, je n'aurais aucune objection à faire. (En vérité, même avec la règle ainsi limitée, les juges d'appel ne font que dresser des conjectures à propos de l'impact des témoignages sur le jury. Néanmoins, le domaine des hypothèses est sévèrement restreint.) Ici, la règle est que, même si les témoignages avaient pu affecter le verdict du jury, cela ne constituerait cependant pas un motif d'annulation du jugement de première instance si mes collègues pensent que le prévenu est coupable. *Dans ce circuit, la règle se résume donc à ceci : si le jury, sur la base de certains témoignages, en est venu à rendre un verdict de culpabilité, alors, sur la base de témoignages assez différents (différents parce que les juges d'appel suppriment les témoignages préjudiciables) les juges d'appel peuvent rendre leur propre verdict, indépendant, de culpabilité malgré le fait qu'ils n'aient ni entendu ni vu les témoins sur les témoignages desquels ils fondent leur verdict*¹³⁷.

12.

En agissant ainsi, les juges d'appel se transforment en jury de première instance. Ainsi, en se substituant eux-mêmes au jury légalement autorisé, je pense qu'ils exercent un pouvoir qui excède leur portée légitime, constitutionnelle. Sans y être autorisés par la loi ou par la Constitution, les juges d'appel établissent les faits. Je ne peux pas croire qu'une telle procédure satisfasse les exigences constitutionnelles du procès devant jury. Le prévenu a été condamné par les juges d'appel et non pas par un jury. Il a tout autant été privé inconstitutionnellement du droit de bénéficier d'un procès devant jury que si, lors du procès en première instance, il avait été obligé de comparaître devant un tribunal sans jury.

13.

Bien sûr, certains juristes maintiennent que le système du jury ne peut être rendu « fonctionnel » que grâce à des dispositifs de ce type, élaborés par les juges. Cependant, une telle activité ne rend le système du jury fonctionnel qu'en l'empêchant de fonctionner... Si quelques juges en venaient à considérer comme « impraticable » l'obligation constitutionnelle de faire bénéficier un prévenu d'un procès devant jury, ils ne devraient pas, indirectement, amender la Constitution. Ils devraient franchement déclarer leur position et conseiller à nos concitoyens de

¹³⁷ Les italiques sont de Frank.

demander un amendement constitutionnel, selon la procédure prévue par la Constitution¹³⁸. (Il est important de distinguer les dispositions constitutionnelles particulières et celles qui emploient délibérément des formules vagues telles que « l'application régulière de la loi ». Ces dernières, à la différence des premières, [...] justifient, voire imposent, le recours à une interprétation judiciaire tolérante et évolutive [...]. Les dispositions relatives au procès devant jury n'excluent pas toute élasticité dans la construction ; [...] Toutefois, elles n'autorisent certainement pas une construction qui, en fait, élimine la fonction d'un verdict de culpabilité prononcé par un jury en réduisant son rôle à celui de préalable au verdict de juges en appel, fondé sur un dossier qui diffère de façon significative du dossier étudié par le jury en première instance.)

14.

Un procès devant jury présente sans doute des défauts. Au mieux, un tel procès, particulièrement tel qu'il est conduit de nos jours, c'est-à-dire, comme s'il s'agissait d'un jeu ou d'un événement sportif, est un instrument imparfait, bien trop humain pour établir les véritables faits de l'affaire en question.

Comme Borchard¹³⁹ l'a rapporté il y a plusieurs années [...] à l'occasion, l'on découvre qu'un homme innocent, après un procès devant jury, a été condamné et envoyé en prison ou mis à mort par le gouvernement. Personne ne peut douter du fait qu'il y ait des exemples (personne ne peut dire combien) de condamnations d'innocents encore inconnues. Malheureusement, certaines tragédies de ce type ne peuvent pas manquer d'arriver. Pour ma part, je refuse d'endosser la responsabilité de l'une de ces erreurs judiciaires qui, au moyen de précautions raisonnables, auraient pu être évitées.

15.

Les conventions rédactionnelles en matière d'opinions judiciaires, le vocabulaire soutenu, le recours à des formules porteuses d'un caractère définitif, l'exhibition des précédents, l'affichage de ce qui ressemble à une logique rigoureuse parée de « par conséquent » et « d'inévitablement vrai », donnent une impression de certitude (qui souvent hypnotise le rédacteur de l'opinion) qui dissimule les incertitudes inhérentes au processus du jugement. Une analyse plus poussée révèle que nos concepts juridiques ressemblent souvent aux cous des flamants roses dans *Alice au Pays des Merveilles*, qui ne restent jamais assez rigides pour pouvoir être utilisés comme maillets par les joueurs de croquet. (Ici, j'emprunte et adapte une

¹³⁸ Dans ses ouvrages, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la présente opinion judiciaire, Frank s'est lui-même prononcé contre l'emploi du jury. Il recommande d'en restreindre et d'en réformer l'usage. Voir J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., 6th édition, Part one, chap. XVI « The Basic Myth and the Jury », p. 183, ainsi que, dans le même ouvrage, *Appendix V, Notes on the Jury*, p. 327. Voir également, J. FRANK, *Courts on trial, Myth and Reality in American Justice*, op. cit., chap. VIII, « The jury system », p. 108 et, dans le même ouvrage, chap. IX, « Defenses of the jury system-suggested reforms », p. 126. Frank demeure constant : les juges d'appel n'ont aucun droit de se substituer au corps législatif en amendant indirectement la Constitution. Quelle que soit leur opinion personnelle à propos du jury, ils doivent, tant que ce système est en vigueur, en garantir le meilleur fonctionnement possible.

¹³⁹ Edwin Montefiore Borchard (1884-1951) : juriste et enseignant de droit à Yale, ardent combattant contre les erreurs judiciaires et partisan de la mise en place de dispositifs d'indemnisation des innocents condamnés à tort. Voir E. M. BORCHARD, *Convicting the Innocent*, New Westminster, The Justice Institute, 2013.

image d'Edmund Wilson¹⁴⁰, utilisée dans sa critique des vers de certains poètes modernes.) Dans une affaire comme celle-ci, tout notre appareil judiciaire compliqué ne produit qu'un jugement humain, tout sauf infallible, qui affecte la vie d'un autre être humain. À vrai dire, si nous faisons preuve d'imagination, nous comprendrions ce que ce jugement signifiera pour lui, et ce qu'il y aurait d'horrible à juger en sa défaveur de façon erronée. Bien sûr, l'on peut dire qu'il n'est pas profitable d'envisager trop sérieusement la possibilité qu'un homme puisse être plus ou moins injustement emprisonné, si nous considérons le fait que (pendant la Seconde Guerre mondiale) des millions sont morts et que l'ère atomique [...] est susceptible de s'achever d'une minute à l'autre dans la destruction de tous les habitants de la planète. Pourtant (peut-être parce que je me fais vieux ou parce que, en dépit des années, je n'ai pas encore atteint une maturité complète), il me semble que, si le rôle de l'Amérique pendant la guerre a eu un sens et si le développement de l'humanité a la moindre signification au regard de l'éternité, alors la dignité de chaque homme, individuellement considéré, n'est pas une formule vide. Si tel n'est pas le cas, alors les juges, membres d'une organisation humaine appelée gouvernement, devraient procéder avec la plus grande prudence quand ils déterminent si un homme doit être ou non privé par la force de sa liberté. Si nous reconnaissons la faillibilité des jurys, nous devons, je pense, nous montrer vigilants pour empêcher l'emprisonnement de personnes innocentes à cause d'un appel erroné aux préjugés d'un jury. Dans une affaire comme celle-ci, dans laquelle des témoignages sérieusement préjudiciables ont été erronément admis, nous ne devrions pas supposer que les témoins du gouvernement ont nécessairement rapporté les faits précisément, et devrions ordonner la tenue d'un nouveau procès.

16.

Il n'est pas pertinent de soutenir que cela entraînera des délais et des dépenses. Ceux-ci sont de bien moindre importance qu'un procès équitable. Et ils ne seront pas fréquemment encourus si, au moyen d'annulations prononcées dans des affaires comme celles-ci, nous apprenons aux procureurs et aux juges de première instance à empêcher l'injustice envers une personne au cours d'un procès. Au lieu de les éduquer de la sorte, cette cour d'appel me semble inviter à la commission d'une telle injustice. Car elle annonce que, si le procureur de la République réussit, en recourant à des moyens injustes, à persuader le jury de juger « coupable », cette cour d'appel ne tiendra pas compte de ces pratiques dans une affaire dans laquelle les témoignages admis légitimement sont compatibles avec la culpabilité. Le fait qu'ainsi de telles inconvenances aient été encouragées est suggéré par la fréquence avec laquelle cette cour d'appel a trouvé qu'il était nécessaire de fermer les yeux sur les inconvenances en question en invoquant, tacitement ou ouvertement, sa règle singulière de l'erreur non-préjudiciable...

151 F. 2d 915 (1945)

¹⁴⁰ Edmund Wilson (1895-1972) : écrivain et critique littéraire américain. Frank, comme souvent, n'indique pas l'ouvrage de Wilson qu'il cite.

TEXTE ORIGINAL

*A Man's Reach, The Selected Writings of Judge Jerome Frank*¹⁴¹

United States v. Rubenstein

1.

In 1944 Herman Rubenstein, a lawyer, appealed from a judgment of conviction under an indictment charging him with a conspiracy to bring an alien into the country by false representations, by concealment of material facts, and by false documents. According to the government at the trial, the facts were these: A Czechoslovakian, Alice Spitz, having entered the country on a temporary visa in November, 1938, decided she wished to remain permanently. To that end, she married an American named Sandler, who agreed to terminate the marriage by divorce after Spitz had obtained her visa. After the fraudulent marriage, Spitz then consulted Rubenstein about getting her a visa. Rubenstein obtained the visa by means of various application forms which he filled in with false details and two fictitious letters bearing on Sandler's financial status, character, and the like. As a result, Spitz received her visa in December, 1940. Rubenstein then arranged the divorce by inducing someone to sign a false affidavit to the effect that he had served divorce papers on Sandler; this same man swore falsely in court that he had caught Sandler in an adulterous act. On this a divorce was granted. Rubenstein's main complaint on appeal bore on the admissibility of all the evidence concerning the divorce, particularly with regard to his suborning perjury; he claimed that it was an independent and unconnected crime, the conspiracy having ended when Spitz entered the country under the immigration visa. Judge Learned Hand, writing the majority opinion in which the conviction was affirmed, says, "[...] it is well settled law that evidence which is relevant to the proof of one crime is not incompetent because it discloses the commission of another crime." Judge Frank dissents.

2.

Frank, Circuit Judge (dissenting):

I agree, of course, that it was proper to receive evidence tending to show the sham nature of the marriage, that defendant originally arranged that there should be a divorce, and that he aided in obtaining a divorce; for that evidence went to prove defendant's complicity in a plan to violate the statute by means of a fake marriage and by concealment of a material fact.

3.

But I do not agree that it was proper to receive the additional testimony which (if taken true) showed (1) that defendant in procuring the divorce used a false affidavit and suborned perjury, (2) that defendant had suggested to Sandler that he should "get a girl and go to a hotel room", and that he refused, (3) that Sandler was not served, and knew nothing of the divorce until after the entry of the divorce decree. None of that evidence was needed to show the fictitious character of the marriage or the illegal plan to conceal the intention that it was soon to be followed

¹⁴¹ Edited by Barbara Frank Kristein, Introduction by Edmund Cahn, The MacMillan Company, New York, Collier-MacMillan Limited, London, 1965, Part. 4, The Protection of Due Process, United States v. Rubenstein, p. 321-324.

by a divorce. For these purposes, it sufficed to prove merely that defendant, from the first, joined in the plan for the sham marriage and divorce and that, with his assistance, Miss Spitz and Sandler were divorced not long after the marriage ceremony.

4.

Judge Hand suggests that the “prosecutor had to prove a collusive divorce”, that therefore the “precise form which the collusion took” was unimportant, and that consequently the additional testimony—as to the false affidavit and defendant’s subornation of perjury, and so on—was, in effect, cumulative and did defendant no appreciable harm. I cannot agree. No doubt the prosecutor had to prove defendant’s part in a prearranged divorce relating to a marriage the unreality of which defendant did not disclose to the divorce court. But it is one thing to show such misconduct—constituting a fraud on the divorce court (justifying disbarment) and perhaps some sort of crime under New York law—and quite another to add proof to the commission of the distinct and far more serious crime of suborning perjury. That added proof was by no means merely cumulative. So that while, as Judge Hand states, “it is well settled that evidence which is relevant to the proof of one crime is not incompetent because it discloses the commission of another”, that doctrine cannot here warrant reception of the additional evidence, especially that tending to show the crime of subornation of perjury in the divorce proceeding...

5.

To be sure, that additional evidence might properly have been admitted for its limited bearing on defendant’s credibility, since he took the witness stand; but it was not offered for that purpose and absent a limiting instruction should not be so accepted on appeal... As this evidence was of a kind highly likely to arouse the jury’s animosity against defendant, his failure to object specifically to its admission (as distinguished from his objection to the reception of any evidence concerning the divorce) or to request a limiting instruction, did not cure the error. I feel sure that if either of my colleagues had been sitting as the trial judge, he would, without prompting from defendant’s counsel, either have excluded the additional evidence or given such an instruction. It has often been held (and our own rules so provide) that we should take notice of and reverse on account of a markedly serious error to which a defendant did not object at the trial.

6.

Here we have markedly serious error. It cannot be characterised as “harmless”, if the test of harmlessness be that employed by the Supreme Court and most other courts. The only conceivable remaining basis, therefore, for not reversing this judgment must be the application of the unique interpretation of the phrase “harmless error” which has unfortunately become current in this Circuit. A superficial reading of Judge Hand’s opinion might make it appear that he does not employ the “harmless error” doctrine, since he says that, were it true that the additional evidence was inadmissible, “the evidence would have been so damaging that we are not sure that the verdict should stand”, and adds, “We need not say, because we do not think that it was erroneous to admit the evidence” (going on in that same paragraph to assign reasons for that conclusion which, as above noted, I think untenable). But in the very next paragraph he abandons the suggestion that reversal might follow if this evidence was incompetent: He now says that, even if

the additional testimony was not competent, “Rubenstein was not injured” by its admission; and, in the last paragraph of the opinion, he says, “The crime was proved beyond the faintest peradventure of a doubt. [...] » Those two remarks contain, in abbreviated form, the Second Circuit doctrine of “harmless error”, that is, the test to be used in determining whether inadmissible evidence is harmless is not the probable effect of its admission on the jury but whether the Court considers the defendant guilty.

7.

I have the very highest respect to Judge Hand. To sit with him is an inestimable privilege, a constant source of education. Consequently, I usually suspect my own tentative opinions, when they vary from his. But on this one subject I find myself recurrently and unregenerately at odds with him. In short, I cannot accept this view which my five colleagues have adopted and which he has enthusiastically endorsed: If we, sitting on a reviewing court, believe, from merely reading the record, that a defendant is guilty, then, generally, we must hold that an error, especially one of admitting evidence, even if it may seriously have prejudiced the jury against the defendant, is to be regarded as “harmless”. (This rule seems to be inapplicable where the error consists of the exclusion of important evidence...) Several times heretofore I have stated my reasons for opposition to that doctrine. What I shall say here is partly by way of summary and partly by way of amplification of those previous comments.

8.

It is seldom possible with even moderate competence to conjecture solely from perusal of a written or printed record whether or not a defendant is guilty. (The ascertainment of the true facts of a case, even in the best of circumstances, is but a conjecture or guess: Since that process involves events which occurred in the past, the fact finder must rely on the narratives of other persons. That means that the “finding of facts” rests on the fact finders’ guess as to whether and to what extent those narrative are accurate...) As the judges of an appeal court have not heard or seen the witnesses, they have no reasonably adequate way of judging whether any of the witnesses lied or—because of unconscious bias or faulty memory—testified with inadvertent inaccuracy. (Observation of the witnesses’ demeanour is by no means an infallible method of determining the accuracy of their testimony. But, no perfect method having been devised, such data are of considerable value. The printed record necessarily omits such data. The testimony of a glib liar may show up in print far more persuasively than that of a honest, cautious witness. Perhaps, if on appeals we used records consisting of talking motion pictures of the trial, this particular difficulty could be largely overcome). On that account alone, the rule is well settled that the credibility of the witnesses is exclusively a question for the jury. When, then, an upper court, with an air of emphatic assurance, says in an opinion, as Judge Hand, speaking for the majority, says in this case, “The crime was proved beyond the faintest peradventure of a doubt”, what it actually means, for all its magisterial tones, comes to no more than this: “As we were not present at the trial, we did not listen to, and observe, the witnesses and cannot determine their credibility. However, we shall make the assumption—which may not be at all correct in fact—that the government’s witnesses, was wholly untrustworthy. Only by making that assumption (and, accordingly, paying no heed to the evidence offered by the defendant) do we come to the conclusion that defendant’s guilt is unquestionably clear.” Were that unspoken assumption explicitly stated in such an

opinion, the seeming air of indubitable certainty about its pronouncement of defendant's guilt would disappear, and the weakness of this court's peculiar harmless-error doctrine would be exposed to scrutiny.

9.

For see: My colleagues' rule is to overlook errors in admitting evidence, when (without regard to the jury's verdict) the record, in their opinion, shows that defendant is guilty. But why does the record so show? Only because of an assumption—which may easily be fictitious—that the testimony of defendant's witnesses is unreliable. Had my colleagues been present at the trial, they might have concluded that, as to pivotal items, the testimony of the government's witnesses was not worthy of belief. My colleagues employ the contrary assumption precisely because they were not present at the trial—which highlights the impropriety of their sustaining the conviction on the ground that, independent of the jury's verdict, they find the defendant guilty.

10.

The unjustified use, in such a case, of the assumption about the government's evidence must be distinguished from its appropriate use of another context: In a case where no prejudicial evidence was erroneously received, and a defendant asks an upper court to reverse his conviction on the sole ground that the record evidence is such that no reasonable jury could have found him guilty, the judges are compelled to resort to a sort of fiction. Since they were absent from the trial and since the credibility of the witnesses is a question for the jury, the judges, perforce, must assume it to be true (whether or not it is true in fact) that all the testimony pointing to guilt was given by honest, reliable, credible witnesses and that all other testimony was not. That assumption (a fiction, an "as if") in such a case is unavoidable; therefore necessary; therefore proper. Be it noted, however, that, in such circumstances, the judges at least have before them, although in printed form, the identical evidence—neither more nor less—which had been presented to the jury. But that assumption (fiction) is not necessary and is therefore improper, when (as here) the record contains prejudicial evidence improperly admitted. For the issue on appeal is then not whether, making that assumption and on the very same record which was before the jury, the jury reasonably found against defendant. If, in a case like this, the judges conclude that defendant is guilty, they reach that conclusion by ignoring important matter which had been presented to the jury and which may well have induced its verdict. In those circumstances, the judges decide against defendant, not by affirming a jury's verdict on the record which the jury had before it, but on a strikingly different record. ([...] In all fields of thought, fictions must be cautiously employed. They are "useful lies", statements which, although contrary to truth or incapable of verification, nevertheless are immensely convenient and often necessary. But while a fiction may have such value in one context, it may be harmful in another. "Extrapolation", always tricky business, is peculiarly so when applied to fictions. [...]) For that reason, I said that the judges are deciding such a case "independent of the jury's verdict".

11.

The important fact is that in this Circuit "harmless" error does not mean merely that the improperly admitted evidence was such that in all probability it made no difference to the jury; were that the rule, I would find it unobjectionable. (True,

event with the rule thus limited, the appeal judges are conjecturing as to whether the evidence affected the jury. But the area of guessing is severely restricted.) The rule here is that, even if that evidence was such that it may well have affected the jury's verdict, yet it is no ground for reversal if my colleagues believe the defendant guilty. The rule in this Circuit thus boil down to this: If the jury, on the basis of certain evidence has brought in a verdict of guilt, then, on quite different evidence (that is, different because the judges delete prejudicial evidence) the judges may render their own independent verdict of guilt, despite the fact that they neither saw nor heard the witnesses on whose testimony they rest their verdict.

12.

In so doing, the judges convert themselves into a jury. By thus substituting themselves for the legally authorised jury, I think they exercise a power beyond their legitimate—their constitutional—scope. Without warrant in statute or Constitution, the judges find the facts. I cannot believe that such a procedure satisfies the constitutional requirements of a jury trial. The defendant has been convicted by the judges, not by a jury. He has been unconstitutionally deprived of the privilege of a trial by jury fully as much as if, in the first instance, he had been compelled to go to trial before a jury-less court.

13.

To be sure, some lawyers maintain that only through such a judge-made device can the jury system be made “workable”. But such a device makes the jury system workable—by not working it... If any judges happen to regard as “impractical” the constitutional obligation to give a defendant a jury trial, they should not, by indirection, amend the Constitution. They should frankly state their position and invite our citizens to bring about a constitutional amendment in the manner prescribed by the Constitution. (It is important to differentiate between specific constitutional provisions and those which deliberately employ vague phrases such as “due process”. The latter, unlike the former, [...] justify—indeed compel—liberal and developing judicial interpretation [...]. The jury-trial provision does not preclude all elasticity in construction; ...But it surely does not authorise a construction which, in effect, eliminates the function of a jury's verdict of guilt except as a preliminary to a verdict by appellate judges based upon a record significantly different from that considered by the jury.)

14.

A jury trial unquestionably has defects. At best, such a trial, especially as now conducted—that is, as if it were a game or sporting event—is an imperfect, all-too human, instrument for ascertaining the true facts of a case. As Borchard reported several years ago... occasionally it is discovered that an innocent man, after a jury trial, has been convicted and sent to jail or put to death by the government. No one can doubt that there have been undiscovered instances (no one knows how many) of convictions of the innocent. Unfortunately, some tragedies of that kind are bound to occur. I, for one, do not care to accept responsibility for any such miscarriage of justice which, with reasonable precautions, could have been avoided.

15.

The conventions of judicial opinion-writing—the uncolloquial vocabulary, the use of phrases carrying with them an air of finality the parade of precedents, the display of seemingly rigorous logic bedecked with “therefore” and “must-be-trues”—give an impression of certainty (which often hypnotises the opinion-writer) concealing the uncertainties inherent in the judging-process. On close examination, our legal concepts often resemble the necks of the flamingos in *Alice in Wonderland* which failed to remain sufficiently rigid to be used effectively as mallets by the croquet players. (I am here borrowing and adapting an image of Edmund Wilson used in his criticism of the verse of certain modern poets.) In a case like this, all our complicated judicial apparatus yields but a human judgment, not at all sure to be correct, affecting the life of another human being. If we are at all imaginative, we will comprehend what that judgment will mean to him, and what a horror it will be if we wrongly decide against him. To be sure, one can say that it does not pay to take too seriously the possibility that one man, more or less, may be unjustly imprisoned, considering the fact that (in World War II) millions have died and that the Atomic Age... may end any minute in the destruction of all this planet’s inhabitants. Yet (perhaps because I am growing old or because, despite my years, I have not yet fully matured) it seems to me that, if America’s part in the war was meaningful and if mankind’s development has any significance against the background of eternity, then the dignity of each individual man is not an empty phrase. If it is not, then we judges, part of a human arrangement called a government, should proceed with great caution when we determine whether a man is to be forcibly deprived of his liberty. Recognizing the fallibility of juries, we should, I think, be vigilant to prevent the jailing of an innocent person through and erroneous appeal to jury prejudices. In such a case as this, where seriously damaging testimony has been erroneously admitted, we should not assume that the government’s witnesses necessarily reported the facts accurately, and should order a new trial.

16.

It will not do to say that delay and expense will ensue. They are of far less importance than a fair trial. And they will be incurred infrequently because of errors, if by reversals in cases like this, we educate prosecutors and trial judges to prevent unfairness to a person on trial. Instead of so educating them, this court seems to me to invite such unfairness. For it announces that, if the district attorney succeeds, by unfair practices, in persuading a jury to say “guilty”, this court will usually disregard those practices in a case in which the properly admitted *évidence* is compatible with guilt. That thereby such improprieties have been encouraged is suggested by the frequency with which this court has found it necessary to condone such improprieties by invoking, tacitly or openly, its unique harmless error rule...

Quentin Rouèche

Quentin Rouèche est professeur de philosophie en classes préparatoires aux grandes écoles au lycée Leconte de Lisle de Saint-Denis de la Réunion.

L'erreur de Hume*

La loi de Hume est le lieu d'enjeux considérables. Selon un philosophe américain de tradition aristotélicienne, le meilleur de la philosophie pratique récente a consisté à surmonter, souvent avec beaucoup de succès comme dans le cas d'Anscombe, cette erreur¹. Néanmoins la loi de Hume continue d'imprégner nombre de théories et d'esprits.

Pour un continental, se libérer de la loi de Hume, c'est aussi surmonter tout le positivisme et spécialement le positivisme normativiste kelsénien. Mon propos consistera à donner quelques éléments de réflexion afin de contribuer à la démarche libératrice entamée par les tenants de l'éthique néo-aristotélicienne.

La loi de Hume pose à la philosophie du droit au moins trois catégories de problèmes. Les premiers concernent son application éventuelle au domaine juridique. Les seconds regardent la logique, car la loi de Hume implique que l'on ne puisse pas déduire par raisonnement d'énoncés impératifs ou normatifs à partir des énoncés catégoriques assertoriques. Enfin, la loi de Hume repose sur une séparation étroite entre des domaines du réel, c'est-à-dire qu'elle repose sur une ontologie, et probablement aussi une théologie, qui sont problématiques.

Avant d'aborder la discussion de ces trois points, il est bon de se rappeler précisément le contenu de cette loi, le contexte de sa découverte et de son succès.

I. ORIGINE ET EXPANSION

Selon ce qu'indique son nom, cette loi est formulée par Hume dans son *Traité de la nature Humaine*. Hume explique qu'en lisant les philosophes il a été très étonné de constater qu'après des raisonnements qui établissent l'existence de Dieu ou des considérations sur les affaires humaines les auteurs passent brusquement de propositions où l'on trouve la copule classique « est » ou sa négation « n'est pas » à des propositions où le sujet et le prédicat sont toujours unis par « doit » ou bien « ne doit pas ».

Hume poursuit ainsi : « ce changement est imperceptible, mais il est pourtant de la dernière conséquence. Car puisque ce “doit” ou “ne doit pas” exprime quelque nouvelle relation ou affirmation il est nécessaire qu'elle soit observée et expliquée ; et qu'en même temps qu'une raison soit donnée pour ce qui semble en même temps

*Ce titre constitue un hommage au regretté philosophe nantais Jean-Louis Gardies qui avait écrit un précieux ouvrage sur ce sujet. Voir *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987.

¹ P. GOLDSTEIN, *L'éthique néo-aristotélicienne*, Paris, Classiques Garnier, 2021.

inconcevable, à savoir comment cette nouvelle relation peut être une déduction des autres qui sont complètement différentes d'elles². »

En résumé, Hume constate un passage courant entre « est » et « doit », ou leur négation, une absence d'explication de cette transition, et finit par affirmer que l'explication de cette transition est illégitime et impossible parce qu'il est impossible de déduire ce qui doit être de ce qui est. En affirmant cette impossibilité, Hume établit donc bien une cloison étanche entre deux domaines : le domaine constatatif et le domaine déontique.

L'idée de Hume se diffusera tant dans le monde anglo-saxon que dans le monde germanique. Dans le monde anglo-saxon, c'est l'anglais Moore au début du XX^e siècle qui va se faire le protagoniste le plus important de la coupure établie par Hume. Les intentions de Moore sont très honorables, il cherche à s'opposer à la réduction du bien soit à l'utile soit aux phénomènes physiques. Quoi de mieux pour éviter cette réduction que de défendre l'idée que le domaine du bien est séparé de celui du fait par une cloison étanche ? Si on néglige la séparation fait/devoir, fait/bien on commet la *naturalistic fallacy*, l'erreur naturaliste. Selon Moore, le bien est une propriété *sui generis*. Elle est originelle et indéfinissable. Elle ne peut être découverte même avec le plus fin des instruments scientifiques. Moore est en fait un véritable platonicien, il pense donc avoir l'intuition du bien. Ce bien se situe en dehors de tout contexte empirique.

Afin d'établir ce point, Moore utilise l'argument suivant³. Admettons que le bien soit ce que l'on désire désirer, qui pour Moore est la définition la plus plausible du bien. Si nous pensons que A est bon, nous pensons donc que A est ce que nous désirons désirer. Mais si nous demandons encore « est-il bon de désirer désirer A ? » Nous nous posons en fait exactement la même question que la question originelle « A est-il bon ? ». Mais, poursuit Moore, on ne peut analyser la seconde question en la paraphrasant ainsi « Le désir de désirer A est-il l'une des choses que nous désirons désirer ? ». Il est inexact que nous ayons dans l'esprit une formule si complexe lorsque nous demandons simplement « A est-il bon ? ». En fait, il est clair que le prédicat « bon » est différent de la notion « désirer désirer ». Donc on peut douter de l'équivalence entre « bon » et « désirer désirer ». Il en va de même pour toute autre équivalence entre « bon » et autre chose.

² D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 469, (traduit par nos soins) : *When of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, it's necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason* (D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, book III, part I, section I, 1739); Poincaré lui a fait écho en récusant toute possibilité de fonder scientifiquement la morale : « La raison en est simple ; c'est une raison, comment dirai-je ? purement grammaticale. Si les prémisses d'un syllogisme sont toutes deux à l'indicatif, la conclusion sera aussi à l'indicatif. Pour que la conclusion pût être mise à l'impératif, il faudrait que l'une des prémisses fût elle-même à l'impératif », H. POINCARÉ, *Dernières Pensées*, Paris, Flammarion, 1913, p. 225.

³ G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903 ; revised edition with « Preface to the second edition » and other papers, T. BALDWIN (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 10-17 et 62-69.

Quelle que soit la valeur de cet argument et de quelques autres de même type, la conclusion de Moore est que le bien est indéfinissable, soit en termes de plaisir, soit en termes de fait scientifique. Le bien n'est pas la propriété naturelle d'une chose existant dans l'espace ou le temps. Le bien est donc une notion originelle, inanalysable, et irréductible en tant qu'elle est séparée de tout autre domaine. Ce qui est bien est bien et rien de plus. Le bien échappe ainsi à toute enquête empirique, mais aussi à la raison. On peut au mieux avoir une inclination qui est une attitude vers telle ou telle action.

Le monde germanique adoptera également la séparation *is/ought*. Traduit en allemand, cela donne l'opposition *Sein/Sollen* qui est centrale dans la philosophie pratique de Kant⁴. L'un des points sur lesquels se fonde l'action humaine est la liberté. Une action humaine selon Kant doit être non seulement rationnelle mais aussi libre. Or la nature est régie et pensée grâce à la causalité et au déterminisme qui permettent à la science d'intégrer les données de l'expérience. L'action humaine, morale doit échapper à la causalité de la nature. Elle doit donc trouver son origine en elle-même, dans sa liberté et dans son autonomie. En outre, pour être morale, elle doit être accomplie par devoir justement parce qu'elle trouve en ce devoir l'accomplissement de son autonomie et de sa rationalité, obéissant ainsi d'ailleurs aux exigences de l'impératif catégorique. L'impératif catégorique est lui-même porteur d'une nécessité inconditionnelle, donc absolument libre de toute considération empirique. La morale est donc principalement déontique, « principalement » parce qu'il y a discussion sur la place de la finalité du bien chez Kant.

Ces éléments ne se limitent pas chez Kant à l'action individuelle. Ils sont aussi présents dans sa philosophie du droit et sa politique. On y retrouve clairement la liberté et le devoir accompli pour lui-même. Les règles de droit énoncent ces devoirs, mais elles sont elles-mêmes reconduites à la volonté libre de l'individu à travers le contrat social ou autre. La séparation de l'être et du devoir être se diffuse largement dans le monde de la politique et du droit de langue allemande. Un cas intéressant en la matière est celui de Max Weber. La distinction entre le savant et le politique est directement inspirée de Kant. Au savant correspond l'objectivité, la neutralité et la rationalité, au politique le charisme et la conviction. Il est probable que la promotion de l'irrationalisme dans la politique allemande n'a pas eu que des effets bénéfiques.

Évidemment, l'adoption de la dichotomie *Sein/Sollen* est l'un des aspects importants des emprunts de Kelsen à Kant⁵. Même si on peut discuter éventuellement de la complète fidélité ou non de Kelsen à Kant⁶, il est indéniable qu'il hérite de cette disjonction. Kelsen est persuadé de l'impossibilité d'une découverte objective et rationnelle du juste. Pour lui, il s'agit d'un jugement de valeur et un tel jugement ne peut être que subjectif. C'est une question de goût personnel. Dès lors le domaine du droit, comme celui des valeurs en général, doit

⁴ E. ENTRICAN WILSON, L. DENIS, « Kant and Hume on morality », in E. N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition) [En ligne : <https://plato.stanford.edu/entries/kant-hume-morality/>].

⁵ N. BERSIER LADAVAC, « Sein and Sollen, "Is" and "Ought" and the Problem of Normativity in Hans Kelsen » in *The Normative Force of the Factual*, Genève, Thémis, 2019, p. 29-43. S. GOYARD-FABRE, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 83, n° 2, Paris, PUF, 1978, p. 204-233.

⁶ E. PICAUVET, « De Kant à Kelsen : le versant formel de la théorie du droit », *Humanistyka i Przyrodoznawstwo*, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, n°14, 2008, p. 69-101.

échapper à ces jugements subjectifs. Il y aura bien une sorte de rationalité, mais elle sera toute interne. Elle consistera en la déduction logique d'une norme à une autre. La rationalité est possible en ce sens et uniquement en ce sens qu'il ne peut être question ici que d'une déduction entre normes, sans jamais franchir la barrière qui isole le domaine normatif du domaine constatif.

Il est bien connu que Kelsen a évolué vers une théorie de la libre interprétation. Loin de constituer une rupture avec le principe de la séparation de l'être et du devoir, cette évolution est plutôt une radicalisation. En effet, la liberté de l'interprétation ainsi invoquée signifie la liberté par rapport à la connaissance de la norme primaire, aussi et évidemment, par rapport aux indications juridiques qui pourraient être fournies par la nature⁷.

Nous sommes désormais en mesure de discuter la version kelsenienne de la dissociation humienne, tout d'abord en la confrontant au langage du droit.

II. LA LOI DE HUME ET LE LANGAGE DU DROIT

Si l'on comprend bien la loi de Hume et sa reprise kelsenienne, en principe le domaine des normes ne doit être constitué que de normes. Les normes ne pouvant être constatatives, elles doivent être impératives. Ce doit être des commandements sous une forme ou une autre.

Le moins que l'on puisse dire est que cette exigence est plutôt étrangère au domaine du droit. En droit romain, force est de constater que la très grande majorité des textes du *Digeste* sont à l'indicatif. Certes il existe bien des impératifs, mais ce sont des conclusions qui constituent un ordre adressé au juge par le prêteur dans le cas où une hypothèse de droit ou de fait s'avère réalisée : *Si paret...*⁸. On a donc bien ici encore un passage du constatif « S'il apparaît que... » à une décision normative. D'une manière plus générale, le droit romain connaît la distinction entre le fait et le droit, mais il n'en fait pas une séparation étanche. Au contraire, il organise le passage de l'un des domaines à l'autre. D'ailleurs, la règle n'en est pas la source mais c'est plutôt l'inverse *jus non a regula sumatur, sed a jure regula*⁹. En effet, le droit pour les romains est une connaissance des choses *notitia rerum*¹⁰. Par ailleurs, il prévoit clairement des cas où le fait produit du droit, par exemple avec

⁷ Le néo kelsenien Michel Troper explique bien que la volonté est libre à l'égard de la nature et des valeurs qu'elle porte « pour Michel Villey, la science du droit consiste à décrire “des rapports justes inscrits dans la nature des choses ; autrement dit, son objet est le droit naturel. C'est par ce trait qu'elle s'expose à la critique empiriciste, selon laquelle la science ne peut décrire que des phénomènes sensibles. Or, si l'on peut certainement décrire des rapports, on ne peut, par l'expérience sensible, discerner ceux qui sont justes. Les valeurs ne sont en effet pas connaissables. Ainsi ne sont justes que les rapports que l'on qualifie de justes et cette qualification est le produit d'un acte de volonté. Ainsi [...], cette science ne se distingue pas réellement de son objet, puisqu'elle n'est pas autre chose que la production du droit, c'est-à-dire la pratique des juristes” ». Voir en ce sens « Science du Droit » in *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Paris, PUF, 2003. Voir aussi M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 92 ; *Id.*, « La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 519 et s. ; *Id.*, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4, p. 51 et s.

⁸ *Gaius, Inst.* IV, 39-41.k.

⁹ *Dig.* 50, 17, 1 (Paul). P. STEIN, *Regulae juris: from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh University Press, Edimbourg, 1966.

¹⁰ *Dig.*I, 1, 1 et I, 1,10.

l'usucapion ou les contrats qui se forment « re », c'est-à-dire par la remise de la chose.

C'est la raison pour laquelle le droit savant résume la question en deux adages. Tout d'abord *da mihi factum, jus tibi dabo*. Cette courte phrase résume l'office respectif des parties et du juge. Elle est un contre-exemple direct de la loi de Hume puisqu'elle indique que le juge va extraire le droit à partir des faits à lui fournis par les parties. Il opère lui-même l'articulation en principe interdite par Hume. Le second adage s'accorde parfaitement avec le premier puisqu'il dit que *ex facto jus oritur*¹¹ « c'est du fait que naît le droit ». Sur la base de cette même idée, Saint Thomas pourra écrire que le droit est *ipsa res justa*, la chose juste elle-même.

En passant au droit français, on devra constater également la très large domination des expressions constatatives¹², contrairement au désir de certains¹³. Le code civil déclare que « les biens sont meubles ou immeubles » et que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

L'obligation n'est pas ordonnée elle est constatée. Le droit pénal que l'on pourrait penser plus impératif ne l'est guère plus. Ainsi, il n'interdit pas le vol, mais il le définit et ensuite édicte la peine.

On pourrait remarquer que les indicatifs ici évoqués sont des performatifs. Mais justement les performatifs ont été mis en lumière par Austin et Searle¹⁴ pour montrer qu'il n'y a pas de frontière rigide entre constatatif et prescriptif. Ce sont des descriptions à effets normatifs.

Une des illustrations les plus manifestes du principe *ex facto jus oritur* est le cas de l'usucapion (ou prescription acquisitive selon une terminologie plus imprécise) qui, outre ses effets procéduraux, permet au possesseur d'acquérir éventuellement un fond (art. 2226 C. civ. ancien et 2260 nouveau) indépendamment même de sa bonne foi. On a vraiment ici un état de fait, la possession, qui produit de lourds effets de droit.

Un partisan de la séparation *is/ought* pourrait arguer du fait que, s'il y a bien ici des conséquences juridiques attachées au fait, c'est qu'il existe des normes qui définissent la possession et ses effets. Mais cette argumentation n'est pas très convaincante. D'une part, en disant cela, le normativiste reconnaît en effet par son argument même que la norme prévoit le passage du fait au droit et il doit donc admettre ou que le passage est rationnel ou que la norme est absurde¹⁵. En outre, il reconnaît par son argumentation même qu'il est nécessaire de connaître et la norme et les états de fait qu'elle décrit pour obtenir des effets de droit : ainsi il concède la thèse qu'il voulait combattre.

¹¹ Cette formule gêne les kantiens comme Goyard-Fabre, qui va jusqu'à en nier la possibilité logique ; voir S. GOYARD-FABRE, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Paris, PUF, 2014/3, n° 88, p. 315 et 321.

¹² J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, F. Alcan, 1926, p. 41 sq. ; J. L. GARDIES, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, LGDJ, 1972, p. 29 sq.

¹³ Comme le tribun Andrieux, voir J. L. GARDIES, *L'erreur de Hume*, op. cit., p. 88.

¹⁴ J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, p. 159-160 ; J. R. SEARLE, « How to derive "ought" from "is" », *Philosophical Review*, LXXIII, 1964, p. 43-58 et *Id.*, chap. 8 (« deriving ought from "is" ») in *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

¹⁵ De même le « libre interprète » doit-il au moins reconnaître un espace d'interprétation. Il commence donc par connaître avant de produire une norme.

En fait, il existe une justification tout à fait rationnelle à l'existence de la très ancienne usucapion. Si les propriétaires devaient absolument remonter toute la chaîne de transmission des propriétés jusqu'à l'origine, ils se heurteraient très vite à une impossibilité, à la *probatio diabolica*. L'usucapion, même de mauvaise foi, assure, même si elle a pu paraître immorale à certains canonistes, la stabilité des propriétés et donc la paix civile. Le passage du fait au droit est ici à la fois manifeste et rationnel, et donc finalement juste.

Les jugements et les arrêts des tribunaux et des cours, y compris de la cour de cassation, comportent un exposé des faits et en tirent des dispositions juridiques. Il en va de même en matière de procédure législative. La procédure législative prévoit un exposé des motifs qui est une explication rationnelle des nouvelles dispositions législatives et qui contient de nombreuses références aux faits. Il en va de même encore pour certains décrets. D'une manière générale d'ailleurs, l'administration prépare ses décisions à l'aide de multiples rapports qui dressent des états de fait conduisant à la décision et la justifiant.

Ces remarques conduisent naturellement à la conclusion que le langage du droit et la pratique des juristes méconnaissent largement l'idée d'une séparation étanche entre le fait et le droit, entre constatation et décisions. Au contraire il semble y avoir un constant passage de l'un à l'autre et une justification rationnelle des décisions par les constatations¹⁶.

Faut-il donc alors, pour préserver la logique de la déduction de normes à normes, soit exclure du droit ce qui n'affiche pas d'impératif, soit réformer le langage du droit ? Il semble difficile d'accepter l'idée que la tâche de la philosophie du droit soit de réformer le langage du droit ; elle est plutôt d'expliquer la réalité du droit.

La loi de Hume n'établit pas seulement une séparation de l'être et du devoir être, mais elle prétend qu'il est impossible de déduire par un raisonnement correct le devoir être de l'être. Il ne peut y avoir de déduction correcte qu'entre normes impératives. Il nous faut donc examiner cette dimension logique de la loi de Hume¹⁷.

III. LA LOGIQUE DE LA LOI DE HUME

Une remarque préliminaire tout d'abord. Si nous prenons la formulation kelsenienne des normes, $P \rightarrow Q$ se lit normalement : « Si P, alors Q ». Elle débute donc par une conditionnelle, donc le déclenchement de Q nécessite que la condition soit remplie, autrement dit qu'un fait soit accompli.

Ainsi, par exemple « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. » art. 1304 *C. civ.* L'évènement est une modification de l'état de fait. « La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. » C'est donc bien le fait de la réalisation, ou non, de la condition qui rend, ou non, applicable la loi contractuelle et donc la

¹⁶ J. L. GARDIES, *L'erreur de Hume, op. cit.*, p. 98 : « ce que nous appelons abusivement *fait* et *normes* est à ce point intimement lié qu'on ne peut le dissocier sans artifice ».

¹⁷ *Ibid.*, p. 116. Gardies remarque que : « Le propos de Poincaré reste syntaxiquement irréprochable. Mais derrière la façade syntaxique, les véritables justifications du rationnel sont sémantiques. Au niveau sémantique le propos de Poincaré perd son évidence. »

norme des parties. La norme dépend ici nettement du fait, et c'est finalement peut-être aussi ce que dit Kelsen un peu malgré lui.

Si nous revenons de manière plus générale à la logique de la loi de Hume, ce qui permet de contrôler la validité logique de la déduction en matière normative est une branche particulière de la logique que l'on appelle logique des normes. Celle-ci est une sous-branche d'une autre partie de la logique que l'on appelle logique modale parce que ses propositions contiennent des modalités, à l'inverse des propositions de la logique assertorique ou catégorique qui n'en contiennent pas.

Traditionnellement, depuis le *Traité de l'Interprétation (Peri Hermeneias)* d'Aristote, il y a une articulation sans réduction entre la logique catégorique et la logique modale. Enfin, puisque la logique normative dépend de la logique modale, la négation ou la réduction de celle-ci entraîne nécessairement la disparition de la première.

Or les nominalistes comme Hume ou Quine ont toutes les raisons pour nier ou réduire la logique modale. La logique modale en effet demande d'une part de distinguer le nécessaire et le contingent, et d'autre part cette distinction repose elle-même sur ce qui est identique à soi-même malgré les changements superficiels et qui est ainsi nécessaire, et ce qui peut changer et qui est donc contingent. Cela sous-entend en fait une distinction entre l'essentiel nécessaire et l'accidentel contingent (traditionnellement, l'accident est défini comme « ce qui peut être ou ne pas être »). Mais les nominalistes ont beaucoup de mal à utiliser ces distinctions. De fait, ils sont empiristes, discontinuistes (le monde est pour eux une mosaïque), et actualistes, pour qui tout est en acte. Or si tout est en acte, si la connaissance est uniquement une connaissance sensible par *acquaintance*, on ne peut que constater des objets ou des faits au présent sans avoir aucune possibilité de connaître leur futur et donc le développement de leurs potentialités. La logique ne peut donc pas tenir compte du possible développement ou changement. Elle ne peut pas s'occuper de ce qui sera peut-être autrement ou non. Le possible est précisément le domaine de la logique modale. Si ce domaine est inaccessible, ou bien il ne peut y avoir de logique modale, ou bien elle doit être réduite à la logique non modale.

Il va de soi aussi que, si le monde est tout en acte, la liberté ne trouve plus de place à s'y exercer. Si, selon l'hypothèse actualiste, la nature est ainsi une prison, la liberté ne peut consister qu'à s'en délivrer et elle le fait en se réservant le domaine des normes. Moins celles-ci seront liées à la nature déterministe plus la liberté trouvera à s'épanouir.

Pourtant, c'est un fait qu'il existe bien une logique modale relativement autonome, avec ses foncteurs propres, différents de ceux de la logique assertorique. Une des façons de s'en sortir pour le nominaliste est de prévoir que le possible constitue en lui-même un autre monde séparé du monde présent, également tout actuel ; c'est la proposition de David Lewis. Il y a des raisons de douter que ce type de construction constitue une réponse satisfaisante et soit applicable à la logique normative (sauf comme instrument de contrôle sans portée ontologique). De fait, ce qui importe pour le juriste est tout de même de savoir ce qui, dans notre monde actuel, est possible, c'est-à-dire permis. En tout cas, malgré les vœux du nominaliste, l'existence réelle et constatable d'une logique modale et d'une logique normative est un fort démenti apporté à la séparation entre le constatable et le permis ou l'obligatoire.

Il faut ajouter que ce passage n'est pas seulement un fait mais qu'il est une exigence logique. Tout syllogisme pratique en effet comporte nécessairement dans sa seconde prémisse une proposition qui constitue une constatation de fait. Par

exemple, pour entrer en voie de condamnation d'un vol, il est nécessaire d'établir le fait de la soustraction d'un bien et de son auteur.

Nous avons en français l'œuvre de Georges Kalinowski, qui a développé une logique normative parfaitement au point¹⁸. Il ressort en autres choses de son système de logique normative une nette continuité entre logique catégorique, logique modale et logique normative. On peut aisément constater cette continuité à la lecture de son ouvrage¹⁹. Cette logique normative montre qu'elle obéit à des lois logiques et permet de produire des thèses logiques et des inférences de manière parfaitement rationnelle et rigoureuse.

Autrement dit, elle montre par sa seule existence que les domaines de l'action et du droit sont loin d'échapper à la rationalité. Or cette rationalité se manifeste précisément dans le passage du constatif, régi par la logique assertorique, à l'obligatoire ou au permis régis par les logiques normative et modale. Il est possible de passer logiquement de l'existence à la permission ou à l'obligation sans paralogsme. Pour cette raison, la logique normative de Kalinowski est cognitiviste, c'est-à-dire que c'est une connaissance qui permet de dire quelle est la norme de ce qu'il faut faire ou ne pas faire. Kalinowski tient ainsi une position relativement autonome comparée par exemple à celle de son interlocuteur von Wright, qui en est finalement resté à une position non cognitiviste, c'est-à-dire décisionniste ou volontariste, qui produit une logique déontique et non pas normative. Cette dernière position est sans doute plus acceptable pour le nominaliste, mais elle n'assure pas très fermement le passage du « est » au « devoir ».

Il existe en effet une ambiguïté quant à la notion de connaissance fondant les normes inférieures. Quel est l'objet de cette connaissance ? Selon certains comme von Wright²⁰, ou même Gardies²¹, il suffit qu'il s'agisse de la connaissance de la norme primaire (ou supérieure si l'on préfère). En ce cas, la connaissance est bien à l'origine des normes, mais cette connaissance reste dominée par une première volonté impérative. Elle ne permet pas de franchir véritablement le domaine du normatif et de l'impératif.

Cependant, cette interprétation est loin de s'imposer. En tout cas elle n'est pas celle de Kalinowski. Pour lui, en tant que philosophe réaliste, les normes désignent et se réfèrent à des relations réelles qui existent entre les hommes concrets²². Ce sont celles-ci, à vrai dire, qui sont l'objet de l'activité du juriste. C'est la raison pour laquelle d'ailleurs la logique normative en constitue une analyse logique mais s'en

¹⁸ G. KALINOWSKI, *La logique déductive, essai de présentation aux juristes*, Paris, PUF, 1996.

¹⁹ Chapitre 2 et 3 : logique assertorique ; chapitre 3 : bref aperçu de la logique modale ; chapitre 4 et 5 : logique déontique et logique des normes. Il faut remarquer que Kalinowski rejette aussi la réduction par Anderson et Prior de la logique déontique à la logique modale aléthique. *Ibid.*, p. 128-133.

²⁰ G. VON WRIGHT, *Norm and Action*, Londres, Routledge, 1963, p. 10-12. Sur von Wright, voir G. KALINOWSKI, *La logique déductive...*, *op. cit.*, p. 101-102 sq.

²¹ J. L. GARDIES, *L'erreur de Hume*, *op. cit.*, p. 116-118. Comme le reconnaît Gardies, ainsi il ne sort pas du positivisme : « ce n'est pas parce que la logique de l'institution met en œuvre, outre les foncteurs proprement déontiques, l'indicatif de la définition ou de la description, qu'elle ne renvoie pas en fin de compte à la décision, à la volonté de celui qui institue », p. 118. Gardies reste dans l'institué.

²² C'est cette référence à des relations et des hommes concrets porteurs d'une nature et orientés vers leur fin qui distingue Kalinowski et Villey d'une part, et Gardies de l'autre ; voir J. L. GARDIES, *L'erreur de Hume*, *op. cit.*, p. 125-127.

distingue. Autrement dit, l'activité juridique et les relations réelles sur lesquelles elle porte existent avant l'analyse logique.

Cette dernière, pour intéressante qu'elle soit, ne consiste qu'à analyser la validité logique des activités du juriste. Elle en valide justement le caractère cognitif. Ainsi, pour Kalinowski, les normes sont le produit, non pas d'une construction volontariste, mais de l'activité cognitive de l'intellect et de la raison portant sur les relations réelles²³.

Quel est donc ce réel et comment autorise-t-il le juriste à en tirer du droit ? Telles sont les questions qui se posent à présent et qui relèvent de l'ontologie.

IV. LOI DE HUME ET ONTOLOGIE

J'ai déjà esquissé les traits de l'ontologie nominaliste qui sous-tend la loi de Hume et je n'y reviens pas. Parvenu au point où nous en sommes, il est préférable de se pencher sur l'ontologie de ces relations réelles que prend en compte le juriste. Il les considère à fin d'y trouver du droit, c'est-à-dire de dire ce qui est juste les concernant. C'est en ce sens que, selon Thomas d'Aquin, *jus est in re*.

Tout d'abord, il faut remarquer que ces relations n'existent qu'en fonction de l'existence de leur origine et de leur terme, c'est-à-dire des hommes réels qui sont impliqués dans ces relations. Cependant, ces relations ne se confondent pas non plus avec les hommes qu'elles relient. Elles ont une certaine existence relativement autonome. Par exemple, le juriste s'intéresse à la filiation qui existe entre un individu et son père, mais non pas à ces individus en tant que tels ; et à un niveau plus élevé que celui d'un cas d'espèce, le professeur de droit s'intéresse à la relation de filiation en tant que telle dégagée de tout contexte particulier.

Parmi les raisons qui empêchent l'ontologie nominaliste de se prêter au passage de l'être au devoir être, la plus radicale est l'actualisme, c'est-à-dire le fait de considérer que les réalités sont toutes pleinement actuelles et donc figées dans leur état présent. En d'autres termes, elles sont dépourvues de tendances. Au contraire, une ontologie réaliste au sens d'Aristote et de Saint Thomas reconnaît la réalité de ce qui est en puissance. Pour cela, elle s'appuie sur la réalité du mouvement, elle reconnaît que les choses et toutes les réalités sensibles sont mouvantes et changeantes. Elles possèdent une tendance ou des tendances à se réaliser au mieux, et cette tendance résulte d'un principe interne, la nature. Le mouvement résulte d'un double aspect de la nature, à savoir que la nature est à la fois détermination ou forme, et déterminée ou matière. L'unité de ces deux dimensions de la nature induit un mouvement, parce que la matière est une potentialité activée par la forme, qui elle-même est acte. Dans les réalités dont s'occupe le juriste apparaissent ces deux aspects et ce mouvement de réalisation. Elles appartiennent ainsi au domaine de « ce qui tend à être ».

Un des meilleurs exemples de ce développement d'une nature grâce à son mouvement nous est donné par Aristote analysant le développement de la cité, qui n'est au fond qu'une sorte de relation. La cité, explique Aristote, est le fruit d'une

²³ G. KALINOWSKI, « Loi juridique et loi logique », *Archives de Philosophie du Droit*, XXV, 1980, p. 129 ; « Ontique et déontique », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV, série LXVI, Milano, 1089, p. 441-443 ; « Zur Semantik der Rechtssprache », *Rechtstheorie*, 1, 1979, Berlin, p. 243-248. Voir aussi les précieux commentaires de Massini sur ce point de la pensée de Kalinowski, C. I. MASSINI CORREAS, *La Falacia de la « falacia Naturalistica »*, Mendoza, Idearium, 1995, p. 13-139.

histoire qui débute par la famille, passe par le village et s'accomplit dans la vie politique de la cité. Cette histoire, toujours selon Aristote, est le mouvement d'une nature dont la potentialité se déploie et s'actualise.

Parvenu à ce stade, il faut lever une grave ambiguïté. Si le droit se nourrit de faits, si la nature se manifeste à travers un devenir, le droit ne se réduit-il pas à un enregistrement des faits ou de l'histoire ? Ne se résout-il pas en une sociologie plus ou moins historique qui se contenterait d'enregistrer une inéluctable marche du progrès ? L'accomplissement des tendances de la nature ne nous conduit-il pas à enregistrer purement et simplement tous les faits et toutes les évolutions ?

Pour répondre à ce problème il est nécessaire de préciser les contours de la potentialité. La potentialité ouvre plusieurs possibilités. Certaines de ces possibilités entraînent un appauvrissement, une dégradation, voire une destruction de l'objet changeant. Ainsi, si la plante manque d'eau ou de soleil, si le petit animal n'est pas nourri correctement, ils ne se développeront pas et même régresseront, au point de disparaître dans le pire des cas.

Inversement s'ils sont correctement nourris, ils se développeront au mieux et parviendront à leur maturité. Il y a donc dans la potentialité des possibilités négatives et des possibilités positives. Certaines possibilités sont un mal pour la réalité concernée, d'autres sont au contraire un bien. Le mal consiste à ne pas parvenir à son accomplissement, à manquer son but, le bien au contraire consiste pour une réalité à parvenir à son accomplissement. Le changement ou le mouvement ne sont pas axiologiquement neutres. Dans un cas, ils vont dans le sens de la fin et du bien, dans d'autres cas dans celui de la régression et du mal.

Autrement dit le bien, ou le juste, peuvent être détectés par la connaissance des mouvements et tendances de la chose en évolution. Certains mouvements ou tendances vont à l'encontre de ce qu'elle est, d'autres vont dans le sens d'un parfait accomplissement de ce qu'elle est. De cette façon se trouve satisfait le souci de Moore de préserver le bien, et se trouve aussi écarté le positivisme sociologique comme simple enregistrement des faits sans jugement sur la valeur des faits.

La tâche du juriste consiste précisément en cela qu'il est invité à connaître, à juger, à discerner ce qui va dans le sens du meilleur accomplissement des relations réelles entre les membres de la cité et à repousser ce qui va à son encontre, ceci avec une intelligence bénéficiant de toute l'expérience juridique, et donc humainement pensée.

Ceci vaut tant pour le juriste, et particulièrement le juge, au niveau des relations particulières, que pour le législateur au plan de la relation politique qui englobe toutes les autres. Ainsi le juriste aura, au niveau des relations particulières, à sanctionner, à repousser les actes punis par le droit pénal, mais aussi les relations civiles malsaines comme les contrats à objet immoral ou trop déséquilibrés, à corriger les torts causés. Inversement il aura à favoriser les contrats corrects, des relations de bon voisinage etc... Cette tâche n'est pas aisée, elle demande de la prudence et des discussions dialectiques, par exemple pour savoir où se trouve l'équilibre entre la sécurité fournie par le formalisme contractuel et la fluidité des affaires nécessaires au commerce.

Le législateur aura une tâche analogue au niveau des dispositions qui regardent toute la cité, par exemple en évitant le brouillage des filiations au détriment des enfants et des propriétés, ou en promouvant une certaine stabilité des familles et des propriétés, en veillant à un certain équilibre des salaires, à la sécurité et à l'ordre public, etc...

Toutes ces tâches se résument à connaître ce qui est juste ou injuste dans ces relations et à le mettre en œuvre (force exécutoire, volonté), c'est-à-dire à franchir sans cesse, et de manière parfaitement logique, rationnelle et ontologiquement fondée, la soi-disant barrière entre l'être et le devoir être. Comme l'a montré Anscombe²⁴ au cours de nombreuses analyses, une bonne description contient ce que nous devons faire moralement et juridiquement. Ce qui *est* indique ce qui est bien et juste et nous fournit les raisons de l'agir juste et bon. La nature nous éclaire sur le droit. La liberté peut s'exercer dans et grâce à la nature.

Michel Bastit

Michel Bastit, après des études de droit et de philosophie du droit est désormais professeur de philosophie à l'université de Bourgogne (Dijon) et membre des Archives Poincaré (CNRS-Nancy). Sa thèse rédigée sous la direction de Michel Villey a été publiée sous le titre de *Naissance de la loi moderne*, P.U.F., Paris, 1990.

Parmi ses dernières publications on peut noter un article intitulé : « Veram nisi fallor philosophiam : l'expérience romaine du droit et de la philosophie », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 94, 21017,1 ; et un livre sur *Le Principe du monde, le Dieu du Philosophe*, P.U.I.P.C., Paris, 2016.

²⁴ G. E. M. ANSCOMBE, « La philosophie morale et moderne », trad. G. Ginvert et P. Ducray, *Klèsis, Revue Philosophique*, n° 9, 2008 [En ligne : <https://www.revue-klesis.org>] ; *Id.*, « Modern Moral Philosophy », in G. E. M. ANSCOMBE, *Ethics, Religion and Politics, Collected Philosophical Papers, Volume II*, Oxford, Blackwell, 1981, p. 27-42. Nombreuses autres références à Anscombe sur la question *is/ought* in P. GOLDSTEIN, *L'Éthique néo-aristotélicienne, op. cit.*, p. 75-84.

République et impartialité.

Considérations sur Rousseau, l'idéal républicain et les limites épistémiques et normatives de la politique

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

En vue de clarifier le problème qui sera analysé dans ce texte, il convient de présenter les deux questions qui serviront de guide aux développements qui suivent :

1) En quels termes faut-il comprendre la thèse rousseauiste selon laquelle la légitimité des délibérations politiques républicaines repose davantage sur le respect de certaines exigences épistémiques que sur des exigences procédurales ?

2) Quelles sont les limites de cette thèse et quels enseignements la reconnaissance de ces limites permet-elle de tirer en vue d'une compréhension plus adéquate des éléments qui fondent la légitimité de l'exercice du pouvoir, des décisions sur les politiques publiques et des jugements à porter sur les actions qui les rendent effectives ?

Il convient également de mentionner que ces questions seront traitées ici en trois parties de nature et de style très différents. La première sera un exercice de lecture sélective du *Contrat social*. La deuxième discutera des implications restrictives des éléments normatifs qui structurent la théorie de la légitimité politique et qui forment la base des jugements sur les décisions et les actions entreprises dans l'arène publique, implications dont le caractère limitatif doit être compris comme dérivé de ce que j'appellerai le double caractère de la politique. De manière schématique, ce deuxième exercice consistera à confronter de façon brève et générique les termes de la discussion que je viens d'évoquer à la manière dont Habermas et Rawls traitent les questions relatives à la rationalité, à la légitimité et à la justice dans la sphère politique. La troisième et dernière section soutiendra que, malgré les limites et les restrictions épistémiques et normatives de l'évaluation politique, la politique est une dimension de la sociabilité humaine qui est intrinsèquement confrontée aux questions de la vérité et de la moralité.

I. ROUSSEAU, VOLONTÉ GÉNÉRALE ET INTÉRÊT COMMUN

Pour comprendre le sens de la première de ces questions, il convient de partir de ce que Rousseau nous dit de la figure et du rôle du Législateur. Le *Contrat social* présente ce point dans les termes suivants :

Pour découvrir les meilleures règles de société qui conviennent aux nations, il faudrait une intelligence supérieure, qui vît toutes les passions des hommes et

n'en éprouvât aucune, qui n'eût aucun rapport avec notre nature et la connût à fond, dont le bonheur fût indépendant de nous et qui pourtant, voulut bien s'occuper du nôtre ; enfin qui, dans le progrès des temps se ménageant une gloire éloignée, pût travailler dans un siècle et jouir dans un autre. Il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes¹.

Le texte parle de lui-même, mais pour les fins poursuivies ici il importe tout d'abord de souligner qu'aux yeux de Rousseau il n'y a aucune chance de découvrir *les meilleures règles de société* sans que l'action législative soit exercée sous condition d'impartialité. C'est la raison pour laquelle la caractérisation de la figure du Législateur – auquel, rappelons-le, Rousseau n'attribue aucun rôle dans l'État et dont la fonction serait plutôt celle d'un éducateur collectif – est centrée sur la mise en évidence de son détachement des passions et de la nature humaine elle-même, car cela sera ce qui lui permettra de prendre distance par rapport aux désirs et aux intérêts qui se développent dans la vie en société et qui sont à l'origine d'une infinité de conflits. Ce détachement subjectif et pour ainsi dire ontologique de la condition humaine, cette exemption métaphysique, serait alors la condition nécessaire pour établir les dites meilleures règles d'organisation de la société.

Cependant, si ce propos était le dernier mot du traité, la conclusion serait que, puisque l'impartialité est un attribut divin ou quasi-divin, elle est inatteignable pour nous. En fait, le *Contrat social* n'aurait pas été écrit si tel avait été le dernier mot de Rousseau sur le sujet, car bien qu'il soutienne que les sociétés devraient tirer profit des leçons de cette exemption et de cette sagesse extra-humaines, il serait irréaliste et très éloigné de la position du Genevois de nourrir l'espoir que, sans l'aide de ressources d'une nature absolument différente, il nous serait possible d'envisager sérieusement que le déroulement de la vie sociale puisse suivre la bonne voie. Le texte du *Contrat* confirme d'ailleurs ce qu'on vient d'observer, puisque le traitement du point s'ouvre par l'avertissement que, bien que toute justice vienne de Dieu, « si nous savions la recevoir de si haut, nous n'aurions besoin ni de gouvernement, ni de lois² ». Ce n'est pas pour rien, donc, que tout l'effort analytique contenu dans le traité tente d'offrir une autre réponse à ce problème. La contribution de Rousseau à la théorie ou au « droit politique », pour reprendre sa propre expression, est l'exposition raisonnée des options institutionnelles qui peuvent contribuer, sinon à se passer entièrement de cette impartialité divine, du moins à la suppléer et à compenser son absence. La tâche à accomplir consistera alors à découvrir les institutions qui peuvent donner forme et efficacité aux leçons de la sagesse quasi divine du Législateur. Ces ressources institutionnelles sont davantage à notre portée, même si cela ne va pas sans difficultés d'accès, sans limitations fonctionnelles et sans risque d'affaiblissement.

Textuellement, cette deuxième façon de répondre à l'exigence d'impersonnalité et d'impartialité dans le traitement normatif des questions sociales se présente lorsque Rousseau – après avoir soutenu que par le pacte social le corps politique reçoit l'existence et la vie, puis expliqué comment ce corps moral et collectif acquiert la volonté et le mouvement nécessaires à sa conservation – expose les conditions indispensables à l'établissement de la justice, entendue comme intentionnellement équivalente à l'impartialité. D'où il s'ensuit, ajoute immédiatement Rousseau, que lorsque nous nous rendons compte de notre impuissance à nous élever jusqu'à l'impartialité divine, lorsque nous considérons

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, II, VII, in *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, 1964, p. 381 [désormais cité *Contrat social*].

² *Contrat social*, II, VI, p. 378.

les choses à la mesure de notre condition humaine, nous nous rendons immédiatement compte que deux choses – les lois et le gouvernement – sont indispensables à la vie sociale.

Mais il est bien connu que ce n'est pas une législation quelconque, ni n'importe quel gouvernement qui pourra se substituer à la sagesse divine ou quasi divine et sera donc capable de garantir la liberté des citoyens et d'assurer la justice. Les éléments indispensables à cette qualification des actes législatifs ne seront donnés qu'une fois satisfaites certaines exigences formelles sans lesquelles il n'y a ni lois, ni État digne de ce nom. Les conditions alors établies pour qu'un édit devienne une loi sont simples :

- 1) la loi doit avoir pour auteur le peuple tout entier ;
- 2) la loi doit s'appliquer à tout le peuple, sans tenir compte des situations et des actions particulières, ce qui implique que son contenu ou son objet doit être aussi général que la volonté qu'elle exprime³.

Si l'on considère la première de ces exigences, à savoir que la loi soit l'œuvre du peuple tout entier, on voit immédiatement que, si tel n'était pas le cas, le contrat social serait une duperie. Comment pourrait-il en être autrement si le problème que le traité doit résoudre est de trouver une formule d'association qui permette à chacun de n'obéir qu'à lui-même et de rester aussi libre qu'auparavant ? Ainsi, la thèse de Rousseau est la suivante : si et une fois qu'on a restreint à des représentants l'exercice de la fonction législative, la volonté du corps moral et collectif formé par le contrat devient une volonté partielle et l'observation des mandats souverains n'est alors plus, comme visé, obéissance à soi, mais, tout au contraire, obéissance à autrui⁴.

Cependant, si l'universalité du sujet actif de l'action législative est une condition nécessaire de l'existence des lois, elle ne peut en aucun cas être considérée comme une condition suffisante. En effet, si la généralité de l'objet de la loi n'est pas assurée, il est impossible d'obtenir une authentique manifestation de la volonté générale. L'explication de cette seconde exigence réside dans le fait que si le contenu des actes législatifs était déterminé – par un nom ou par une description définie, pour employer l'idiote de la philosophie analytique contemporaine –, la partialité reviendrait inévitablement au cours de la délibération. Dans les termes mêmes de Rousseau, la justification de cette exigence se présente comme suit :

La volonté générale pour être vraiment telle, doit l'être dans son objet ainsi que dans son essence [...] En effet, sitôt qu'il s'agit d'un fait, ou d'un droit particulier [...] les particuliers intéressés sont l'une des parties et le public l'autre. [...]. Ainsi, de même qu'une volonté particulière ne peut représenter la volonté générale, celle-ci change de nature ayant un objet particulier, et ne peut comme générale prononcer ni sur un homme, ni sur un fait⁵.

³ *Ibid.*, p. 379.

⁴ Rousseau présente cette thèse sous un autre angle lors de l'explication de la raison pour laquelle la souveraineté ne peut être représentée, texte dans lequel il analyse les conséquences catastrophiques que l'inobservance de ce principe occasionne en ce qui concerne la légitimité de l'action législative. Le passage que j'ai en vue est le suivant : « La Souveraineté ne peut pas être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté générale ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre ; il n'y a point de milieu. [...] Toute loi que Peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle [...] » (*Contrat social*, III, XV, p. 430).

⁵ *Contrat social*, II, IV, p. 373.

L'analyse de Rousseau est assez claire, mais il importe de préciser davantage ce qui fait que se prononcer sur un homme ou sur un fait change la nature de la volonté générale, et cela moins par souci de maniaquerie exégétique, que parce qu'il y a sur ce point une difficulté textuelle qui, si elle est laissée à l'arrière-plan, conduit à une incertitude quant à la manière de comprendre la leçon de Rousseau, mais qui, abordée de front, permet au contraire de voir toute la portée de la thèse qui vient d'être exposée.

La difficulté que j'ai en vue est que, sauf dans le cas de la conclusion du contrat social, Rousseau n'exige pas que la délibération exprimant la volonté générale soit unanime⁶, point qui rend obscure la thèse selon laquelle les divisions entre les membres qui composent le corps souverain rendraient impossible la détermination de la volonté générale. Je veux dire qu'il est difficile de voir clairement ce qui différencie qualitativement la division des opinions au sein du corps souverain lorsque, d'une part, il est appelé à se prononcer sur une question impliquant des individus identifiables et, d'autre part, dans les cas où la décision législative est de nature générale. La difficulté consiste à comprendre pourquoi, dans ce second cas, contrairement au premier, la division des votes n'est pas considérée comme un obstacle à la manifestation de la volonté générale⁷. Textuellement, l'explication de ce qui se passe dans cette deuxième situation, plus saine, est présentée comme suit :

Quand on propose une loi à l'assemblée du Peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur ; chacun, en donnant son suffrage dit son *avis* là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eut emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre⁸.

La différence entre les deux situations de division au sein du souverain est que dans ce dernier cas, puisque tout le monde délibère sur des questions générales, le désaccord entre les parties doit être considéré comme une différence purement épistémique, effet d'une méprise quant au contenu de l'intérêt général. Et sur le fait qu'il y a de grandes difficultés épistémiques à déterminer la volonté générale, Rousseau ne laisse aucun doute, comme on le voit lorsque, après avoir répété que le peuple doit faire les lois sous lesquelles il doit vivre, il pose les questions suivantes :

⁶ Au chapitre II du livre IV, non seulement Rousseau réaffirme la nécessité de l'unanimité dans la passation du contrat social au Livre I, chapitre V, on lisait déjà : « La loi de pluralité des suffrages est elle-même un établissement de la convention, et suppose au moins une fois l'unanimité » (p. 359)), mais il présente la raison de cette nécessité dans les termes suivants : « Il n'y a qu'une seule loi qui par sa nature exige un consentement unanime. C'est le pacte social : car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire ; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu. [...] Si donc lors du pacte social il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils n'y soient compris ; ce sont des étrangers parmi les Citoyens » (*Contrat social*, IV, II, p. 440-441).

⁷ Rousseau présente cette difficulté de la manière suivante : « Hors ce contrat primitif, la voix du plus grand nombre oblige toujours tous les autres ; c'est une suite du contrat lui-même. Mais on demande comment un homme peut être libre, et forcé de se conformer à des volontés qui ne sont pas les siennes. Comment les opposants sont-ils libres et soumis à des lois auxquelles ils n'ont pas consenti ? » (*Contrat social*, IV, II, p. 440).

⁸ *Ibid.*, p. 440-441.

Mais comment les régleront-ils [les conditions de l'association civile] ? Sera-ce par un commun accord, par une inspiration subite ? [...] Comment une multitude aveugle, qui souvent ne sait pas ce qu'elle veut, parce qu'elle sait rarement ce qui lui est bon, exécuterait-elle d'elle-même une entreprise aussi grande, aussi difficile qu'un système de législation ? De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé⁹.

En lisant ce passage, il devient beaucoup plus facile de comprendre ce qui, dans la conception de Rousseau, distingue la division du corps souverain lors du vote sur des questions nominale­ment particulières et les divisions formellement analogues de ce même corps qui se produisent en cas de divergence d'opinion sur des questions générales. La ligne de démarcation qui sépare absolument ces deux manières dont se divise l'Assemblée du peuple est, encore une fois, que si dans le premier cas la raison de la division est enracinée dans la différence des intérêts personnels et pratiques des votants, dans le second cas ce qui les sépare est une différence cognitive, c'est-à-dire une manière différente de se représenter la voie à suivre. Dans ce deuxième cas, la faute ou, peut-être serait-il plus juste de dire, l'erreur de la minorité est moralement innocente, car elle n'est pas le résultat de biais générés par des liens et des complicités avec des intérêts privés et particuliers. Elle relève plutôt des difficultés inhérentes à l'action législative du peuple réel en termes de compréhension et d'identification de l'intérêt commun. Dans le premier cas, le blocage cognitif provient de l'attachement des électeurs à des intérêts non seulement divers, mais aussi particuliers – et supposés lucides, conscients, qui sont ainsi, du point de vue de la morale républicaine, coupablement partiels. Dans le second cas, la différence des opinions n'est qu'une conséquence de la difficulté épistémique à identifier l'intérêt commun.

Un problème non négligeable est cependant inhérent à cette analyse : il reste à déterminer qui, dans le cas de différences dans la représentation de ce qui importe à tous, a la position correcte, susceptible de devenir l'expression de la volonté générale. Rousseau évite cette difficulté, ou plutôt la résout de manière expéditive en soutenant, comme nous l'avons vu, que le vote majoritaire doit être considéré comme celui qui est épistémologiquement le mieux étayé, en sorte que la position minoritaire est rejetée non pas parce qu'elle s'est avérée numériquement inférieure au cours du processus de décision, mais en raison de l'incapacité qu'elle trahit à identifier ce qui, dans une situation donnée et à la lumière des informations disponibles, doit être compris comme constituant l'intérêt commun.

Or, à partir de cette analyse, on pourrait être tenté de penser que la confiance qu'a Rousseau dans le jugement de la majorité est une anticipation du théorème du jury de Condorcet, selon lequel si l'on admet que chaque électeur, lorsqu'il répond à une question par « oui » ou par « non », a plus de chances, en vertu de la loi dite des grands nombres, d'avoir raison que de se tromper par rapport au résultat dû au hasard, le groupe majoritaire se rapprochera d'autant plus de la bonne décision que le nombre de participants sera élevé¹⁰.

⁹ *Contrat social*, II, VI, p. 380.

¹⁰ Une discussion approfondie de l'intérêt et de la pertinence du théorème du jury de Condorcet pour l'analyse des processus de vote et de leur rapport à la correction épistémique qu'ils peuvent fournir aux décisions politiques se trouve dans D. ESTLUND, J. WALDRON, B. GROFMAN et S.L. FELD, « Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau revisited », *American Political Science Review*, n° 83, 1989, p. 1317-1340. Voir aussi D. ESTLUND, *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 2008, notamment le chapitre XII : « The Irrelevance of the Jury Theorem ».

Toutefois, la préférence bien connue de Rousseau pour les petites républiques et son observation selon laquelle la volonté de tous ne s'identifie pas à la volonté générale suffisent à montrer que sa pensée n'est pas compatible avec cette hypothèse¹¹. Par ailleurs, les thèses suivant lesquelles « ce qui généralise les volontés, est moins le nombre des suffrages que l'intérêt commun qui les unit¹² », que « les lumières publiques ont pour résultat l'union de l'entendement et de la volonté¹³ », ou encore que « la volonté générale peut devenir muette » sans être « anéantie ni corrompue¹⁴ », attestent toutes non seulement que la composante épistémique est centrale dans le concept de volonté générale, mais aussi que Rousseau la conçoit non pas comme le produit réussi d'un travail heuristique d'agrégation des décisions individuelles, mais comme un contenu permanent de la conscience possible de chaque citoyen, qui peut ou non se révéler lorsque les préférences individuelles des participants à la décision sont agrégées.

Ce point est décisif si l'on ne veut pas se méprendre sur le texte absolument central dans lequel Rousseau explique le mécanisme de formation de la volonté générale et pourquoi celle-ci est toujours droite. En effet, on lit dans ce passage que le caractère nécessaire de cette rectitude est assuré non parce que chacun voudrait le bonheur des autres, mais surtout parce qu'en s'appropriant le mot « chacun », chacun pense préférentiellement à soi en votant pour tous¹⁵. La leçon inattendue de ce texte est donc que l'auto-référence est la porte d'entrée incontournable et indispensable de l'intérêt commun.

Mais comment cela se fait-il ? Comment l'engagement pour le commun peut-il se fonder sur l'intérêt de ce qui est le paradigme du non commun ? Face à ce paradoxe, il semble que la position de Rousseau ne se distingue pas de celle des autres contractualistes, puisque sa leçon est que la seule manière de rendre « l'homme séparé de lui-même¹⁶ » est que la même « raison qui l'égarait lui apprenne à préférer à son intérêt apparent son intérêt bien entendu¹⁷ ». Ce passage est manifestement une victoire de l'entendement, puisque sa leçon est que chacun doit se rendre compte que la bonne compréhension de son intérêt individuel exige le respect des intérêts des autres, sous peine – peine que Rousseau laisse implicite

¹¹ David Estlund insiste de manière très pertinente sur le fait que la légitimité de la décision majoritaire se trouve moins dans la règle procédurale qui la fait prévaloir juridiquement que dans sa correction épistémique et conclut ses considérations en affirmant : *The key point, for our purposes, is that according to Rousseau, outcomes are legitimate when and because they are correct, and not for any procedural reason. When they are incorrect, they are illegitimate, because nothing but the general will can legitimately be politically imposed* (D. ESTLUND, *Democratic Authority*, *op. cit.*, p. 76).

¹² *Contrat social*, II, IV, p. 374.

¹³ *Ibid.*, p. 380.

¹⁴ *Contrat social*, IV, I, p. 438.

¹⁵ *Contrat social*, II, IV, p. 373.

¹⁶ En effet dans le *Manuscrit de Genève*, Rousseau écrit : « En effet que la volonté générale soit dans chaque individu un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions sur ce que l'homme peut exiger de son semblable, et sur ce que son semblable est en droit d'exiger de lui, nul n'en disconvient : mais où est l'homme que puisse ainsi se séparer de lui-même et si le soin de sa propre conservation est le premier précepte de la nature, peut-on le forcer de regarder ainsi l'espèce en général pour s'imposer, à lui, des devoirs dont il ne voit point la liaison avec sa constitution particulière ? » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Essai sur la forme de la République*, Première version, I, II, in *Œuvres complètes*, III, Paris, Gallimard, 1964 [désormais cité : *Manuscrit de Genève*], p. 286).

¹⁷ *Ibid.*, p. 288-289.

– de retomber dans l'état de guerre. On voit donc qu'à ce niveau la rationalité est auto-référée et de caractère instrumental.

Mais si, comme j'essaierai de le montrer, on dissout l'ambiguïté du texte, on verra que tout se passe comme si sur ce point Rousseau doublait son jeu, parce que, bien comprise, sa leçon est que « s'assembler volontairement dans le corps de la société¹⁸ » est quelque chose qui ne relève pas seulement de nos intérêts particuliers, mais qui est fondé sur la considération de ce que nous avons en commun. L'ouverture du Livre II du *Contrat* souligne ce point avec toute la clarté souhaitable :

si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social, et s'il n'y avait pas un point sur lequel tous les intérêts s'accordent, il n'y aurait pas de société¹⁹.

On est donc en face d'un « commun » qui ne peut pas être identifié à la réplique agrégative d'un même calcul individualiste, dont le maintien, comme l'explique Hobbes, est indissociable de la menace et de l'action de l'épée souveraine. Ce qu'on a ici, « ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts », pour reprendre les mots de Rousseau, ne peut pas être l'effet de l'agrégation des intérêts, mais doit être compris comme le dévoilement d'un lien plus profond contenu dans l'incontournable appartenance de vies individuelles au social et dont l'implication est la reconnaissance d'un intérêt commun. Ici n'est en jeu aucun calcul de caractère instrumental, mais plutôt un acte de reconnaissance des implications normatives impliquées par le caractère nécessaire et inéluctable de la vie en commun.

Parvenu à ce point majeur de la pensée de Rousseau, je crois néanmoins qu'on doit de nouveau se demander comment l'engagement pour le commun peut se fonder sur l'intérêt de ce qui est le paradigme du non commun ou, pour s'appuyer sur le dernier passage qu'on vient de citer, comment doit-on localiser et envisager ce « point sur lequel tous les intérêts s'accordent » ?

On pourrait penser que cette question est mal posée, parce qu'il ne s'agit pas de localiser un point qui existe déjà quelque part, mais plutôt de tracer une ligne composée par la succession des occasions dans lesquelles la volonté générale discerne où s'entrecroisent exactement les courbes constituées par le déploiement de nos vies individuelles, principalement orientées par nos intérêts privés. Bien sûr, comme on l'a déjà souligné, ce mouvement nécessairement bivalent de constitution et de découverte de l'intérêt commun exige à la fois que le contenu des projets de loi soumis à l'approbation de la volonté générale soit de nature générique et que, deuxièmement, chaque citoyen en s'appropriant le mot « chacun » imagine et estime les effets et les conséquences que cette nouvelle loi aura sur le tout auquel il appartient. Mais étant donné les « deux différents rapports sous lesquels chacun est envisagé²⁰ », il est évident que ladite appropriation du mot « chacun » contiendra aussi l'évaluation prospective de ce que ces mêmes effets et rebondissements auront sur les intérêts qui sont propres à tous en tant que personnes particulières et *Sujets*, selon la désignation que ces personnes reçoivent en raison de sa soumission aux lois de l'État. S'il n'en était pas ainsi, la clause qui

¹⁸ *Manuscrit de Genève*, I, V, p. 304.

¹⁹ *Contrat social*, II, I, p. 368.

²⁰ *Contrat social*, I, VII, p. 362.

dit « qu'en s'appropriant le mot "chacun", chacun pense préférentiellement à soi en votant pour tous » n'aurait aucun sens.

Néanmoins, ce qu'il faut voir, pour répéter le point sur lequel j'ai déjà insisté, est que nonobstant – mais aussi, dans un autre sens, à cause de – l'adoption du vote majoritaire dans les délibérations collectives et l'affirmation selon laquelle, malgré la division du corps politique, la volonté majoritaire doit valoir et doit être reconnue comme générale. Cela montre que, pour Rousseau, elle est non seulement porteuse d'une vérité épistémique, mais que l'intérêt commun dont la promotion lui incombe est irréductible aussi bien à la coïncidence des intérêts qu'à la convergence des avis de chacun. C'est pourquoi, même si l'analyse de Rousseau s'inscrit dans le sillage des raisonnements typiques de la philosophie contractualiste, elle contient une conception du lien social, du commun, qui ne peut pas être réduite à la récurrence de l'entrecroisement heureux des intérêts individuels. Néanmoins, il reste à savoir pourquoi, et au prix de la satisfaction de quelles conditions le vote majoritaire doit être considéré comme ce qui exprime et manifeste la volonté générale.

II. LA DUPLICITÉ DE LA POLITIQUE

Après avoir ainsi mis en évidence les grandes lignes conceptuelles de cette version mûre, radicalisée et tout à fait singulière du républicanisme moderne²¹, il convient maintenant d'en repérer les limites et de réfléchir en deux temps à certaines positions alternatives. D'abord, il convient d'attirer l'attention sur les embarras inhérents au projet d'une détermination épistémologiquement rigoureuse de ce qu'est l'intérêt commun des sociétés. Ensuite, on essaiera de montrer que du point de vue pratique existent également de sérieuses difficultés concernant la portée des jugements normatifs dans le domaine politique, bien que la discussion sur le caractère moral de celle-ci soit un élément constitutif de la politique elle-même.

A. L'indétermination épistémique du concept d'« intérêt commun »

Pour traiter de la première de ces questions, il convient de rappeler qu'un des points essentiels de l'analyse rousseauiste du politique réside dans l'idée que, en

²¹ Des lecteurs d'une version antérieure de ce texte ont réclamé un éclaircissement du sens attribué ici à l'expression « républicanisme moderne ». Pour donner pleine satisfaction à cette demande, il faudrait au moins un autre article, c'est pourquoi je me limite ici à informer que je la prends comme une *forma regiminis*, au sens que lui donne Kant, en l'opposant au despotisme, dans le 1^{er} article définitif du Projet de paix perpétuelle : « Le républicanisme est le principe politique, suivant lequel on sépare le pouvoir exécutif (le gouvernement) du législatif. Le despotisme celui où le législateur exécute ses propres lois, par conséquent c'est la volonté particulière du chef substituée à la volonté publique. » Voir E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, in *Œuvres philosophiques*, III, Paris, Gallimard, 1986, p. 340. Manifestement, Kant reprend ici la leçon de Rousseau au Chapitre I du livre III du *Contrat Social* : « Nous avons vu que la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui. Il est aisé de voir au contraire, par les principes ci-devant établis, que la puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité comme Législatrice ou Souveraine ; parce que cette puissance ne consiste qu'en des actes particuliers que ne sont pas du ressort de la loi, ni par conséquent de celui du Souverain, dont tous les actes ne peuvent être que des lois » (*Contrat social*, p. 395-396). Comme il est manifeste, la distinction ordinaire entre république et monarchie n'est pas de mise dans ce contexte, dans lequel, par ailleurs, la condamnation de la démocratie s'ensuit immédiatement. Sur ce dernier point, voir *Contrat social*, III, II, p. 404 et, pour Kant, *Projet de paix perpétuelle*, op. cit., p. 343.

décidant de constituer le corps social en coopération, les individus acquièrent une connaissance ineffaçable, bien que susceptible d'être éludée, de ce qu'est l'intérêt collectif. Lorsque, au chapitre I du livre IV du *Contrat social*, Rousseau affirme que la volonté générale est indestructible, car même ceux qui la violent ne l'ignorent pas, il soutient de la manière la plus forte l'idée sur laquelle nous avons insisté : il y a dans la volonté générale une composante cognitive qui peut être recouverte d'une manière ou d'une autre, mais qui restera, de manière impérissable, présente dans les profondeurs de la conscience de chaque citoyen.

Mais, encore une fois : comment ? Si l'on s'interroge sur le contenu et le statut de ce savoir, on doit répondre qu'il n'a pas vraiment de contenu, que son statut est plutôt de nature formelle, et même doublement formelle. Il est formel, tout d'abord, parce qu'il se caractérise en termes dispositionnels, comme la capacité, que Rousseau postule chez les contractants, de se placer au point de vue de la communauté. En d'autres termes, il croit que les citoyens, une fois interpellés par des questions d'ordre général, seraient capables de s'engager sérieusement en faveur des intérêts de l'ensemble collectif dont ils font partie. Formel, cependant, en un second sens, plus décisif, dans la mesure où l'intérêt commun, devant constitutivement être mutuel²², n'est pas normativement susceptible d'être déterminé *ex ante*, son contenu ne pouvant être déterminé et, en ce sens, découvert que par l'accord effectif des intérêts privés²³.

C'est pourquoi cet intérêt commun verra son contenu modulé différemment au gré de la variation des circonstances et du déroulement de la vie sociale dans le temps. Il convient également de noter que l'identification de ce point d'accord dépendra et sera fonction des variations correspondantes tant dans la manière dont chacun conçoit ses intérêts propres que dans le moment où leur convergence se matérialise. La reconnaissance de ce caractère matériellement mobile de l'intérêt commun et du contenu de la volonté générale se trouve, bien que de manière moins claire que cela serait souhaitable, dans le passage où Rousseau explique pourquoi la volonté générale ne peut s'engager durablement dans ce qui est soutenu par l'un ou l'autre des citoyens :

Le souverain peut bien dire, je veux en ce moment ce que veut un tel homme, ou du moins ce qu'il dit vouloir ; mais il ne peut pas dire ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore, parce qu'il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir, et puisqu'il ne dépend d'aucune volonté de consentir à rien de contraire au bien de l'être qui veut²⁴.

Cette impossibilité d'un engagement permanent de la volonté générale à l'égard de la volonté d'un citoyen quelconque provient, répétons-le, du fait que tant le contenu matériel de la volonté du citoyen en question que celui de la volonté générale elle-même peuvent et doivent varier, et cette dernière plus librement que celle du citoyen puisque son contenu dépendra de la manière dont, dans des situations et des conjonctures historiques différentes, variera le point d'accord des multiples volontés particulières.

On voit donc que la combinaison (inéluçtable) de l'invariabilité formelle et de la labilité matérielle des concepts d'intérêt commun et de volonté générale fixe une

²² « Les engagements qui nous lient au corps social, précise J.-J. Rousseau, ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels, et leur nature est telle qu'en les remplissant on ne peut travailler pour autrui sans travailler aussi pour soi » (*Contrat social*, II, IV, p. 373).

²³ *Ibid.*

²⁴ *Contrat social*, II, I, p. 368-369.

limite étroite à l'interprétation du noyau catégoriel de la pensée de Rousseau en termes épistémiques. En effet, même si, métaphysiquement, Rousseau peut affirmer que la volonté veut toujours le bien de l'être qui veut, que, dans le contexte du droit politique, la volonté générale a toujours raison et qu'elle est présente dans la conscience de chaque individu-citoyen, qu'elle est une composante cognitive non éliminable, il est toujours problématique et difficile d'identifier incontestablement le contenu spécifique et conjoncturel de cet intérêt commun à la défense et à la promotion duquel la volonté générale est attachée.

Nous avons vu plus haut que Rousseau tente de résoudre cette difficulté en faisant appel à deux ressources analytiques : d'une part, en supposant que, à l'exception des cas pervers, où le corps souverain est divisé en raison de la particularité de la décision à prendre et/ou à des collusions entre ses membres, les difficultés auxquelles il est confronté sont de nature épistémique ; d'autre part, en soutenant que dans ces cas l'entendement majoritaire sera celui qui aura correctement identifié cet intérêt, et que son vote exprimera donc la volonté générale.

Il s'impose donc de refuser l'application du théorème de Condorcet à ces décisions. Ce refus tient aux raisons exégétiques déjà mentionnées quant à l'interprétation du *Contrat social*, à la théorie générale de la prise de décision républicaine, mais aussi et surtout, comme le soutient David Estlund de manière convaincante, à la difficulté à admettre qu'il existe une propension naturelle des citoyens à trouver la vérité plus souvent qu'à se tromper dans la détermination de l'intérêt commun. Pour autant, il ne semble pas que l'on puisse soutenir que la volonté de la majorité est épistémiquement la plus sûre, ni qu'on doive, en conséquence, la tenir pour l'expression sûre de la volonté générale, qui est, selon la thèse de Rousseau, cognitivement informée et déterminée, et donc vraie²⁵.

Bien entendu, cette difficulté ne doit pas être considérée comme une simple difficulté de la théorie de Rousseau, car le problème qu'elle soulève englobe à la fois la question de savoir s'il est possible, en général, d'admettre que la politique puisse devenir l'objet d'une science rigoureuse, et celle de savoir si, même en admettant une telle hypothèse, elle pourrait être rendue compatible avec la culture

²⁵ Même si cette difficulté n'est pas traitée systématiquement dans le traité, il ne fait pas de doute que Rousseau en était conscient. Le chapitre I du Livre IV du *Contrat social* montre que bien que le projet et les analyses du livre aient été conçues comme devant se situer dans le plan abstrait et général de la théorie politique, les circonstances nécessairement concrètes dans lesquelles les institutions se rendent effectives ne sont pas absentes de son développement. Ainsi, juste après le texte où il est dit que « quand l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve rien sinon que je m'étais trompé », Rousseau remarque que « ceci suppose que tous les caractères de la volonté générale sont encore dans la pluralité ; quand ils cessent d'y être, quelque parti qu'on prenne il n'y a plus de liberté » (*Contrat social*, IV, II, p. 441). Comme il est expliqué dans le chapitre I de ce même livre, c'est ce qui arrive « quand le nœud social commence à se relâcher et l'État à s'affaiblir ; quand les intérêts particuliers commencent à se faire sentir et les petites sociétés à influencer sur la grande » (*Contrat social*, IV, I, p. 438). Alors, « la volonté générale n'est plus la volonté de tous » (*ibid.*) ni, encore moins, la volonté de quelques-uns, pouvons-nous ajouter, mêmes si ses votes sont la majorité. Ces considérations permettent de supposer que, étant donné, comme on l'a dit ci-dessus, que la volonté générale est « ineffaçablement présente dans les profondeurs de la conscience de chaque citoyen », il est fort plausible que dans des sociétés où règne « la paix, l'union, l'égalité » (*Contrat social*, IV, I, p. 437), c'est-à-dire, dans une société raisonnablement bien ordonnée, la reconnaissance et le respect de l'intérêt général tendent à prédominer même s'il y a une minorité qui défaille. Sur cette question, voir le livre important de Didier Mineur, *Le pouvoir de la majorité. Fondements et limites*, Paris, Classiques Garnier, 2017, p. 100-127.

démocratique et républicaine dont nous avons hérité et qui est l'une des plus grandes réalisations de la culture des Lumières.

C'est donc de ces deux questions qui, certes, présentent un grand intérêt pour l'exégèse des grands classiques de la théorie politique, mais qui vont bien au-delà de l'intérêt propre à l'histoire des idées – puisqu'elles ont manifestement une portée qui concerne la constitution même de la politique comme dimension de la sociabilité humaine – que je voudrais maintenant m'occuper.

B. Le caractère évanescent de l'impartialité et le régime d'urgence propre au domaine politique

Une réponse positive à la question de savoir si la pratique politique peut faire l'objet d'une science rigoureuse a été donnée par Platon en des termes dont la clarté n'a jamais été rééditée dans toute l'histoire de la philosophie politique. Or, s'il est vrai que la justification par Platon de confier la politique aux sages n'a pas été bien accueillie, bien différent a été le sort de l'idée plus ou moins anonyme suivant laquelle, de même que dans différentes situations et contextes de notre vie nous sommes amenés à compter sur l'expertise des ingénieurs, des médecins et d'autres professionnels spécialisés, la complexité de la vie politique devrait elle aussi être confiée à des experts de la réalité sociale. En fait, cette idée est devenue de nos jours une pratique presque quotidienne, le harcèlement séducteur le plus puissant venant des économistes, dont le discours serait porteur de la connaissance la plus profonde et la plus certaine quant à ce qui peut et ne peut pas être fait dans la gestion des intérêts sociaux.

Malgré cette pression inévitable du temps présent, il y a au moins trois ordres de raisons qui rendent vaine la prétention de la concevoir comme un cas de plus, bien que tardif, d'application d'une science rigoureuse. La première de ces raisons tient à la difficulté de créer un espace d'impartialité qui garantisse un jugement neutre dans l'évaluation des circonstances et des intérêts qui sont habituellement en jeu dans les décisions politiques. La seconde est un certain rapport interne de la politique au temps et aux futurs contingents, qui ne semble pas compatible avec l'existence d'une assise scientifique des évaluations et des actions politiques. La troisième est un autre aspect de la relation entre la politique et le temps, mais cette fois de nature pratique, dont la caractéristique essentielle est le régime d'urgence auquel sont soumis les jugements, les décisions et les actions politiques.

Je crois que la première de ces raisons de refuser à la politique le statut de science appliquée peut être bien illustrée si l'on se tourne à nouveau vers Rousseau. Comme nous l'avons vu, c'est une thèse centrale du *Contrat social* que l'objet des délibérations soumises à l'Assemblée du peuple doit être de nature générale, propriété qui, techniquement parlant – nous l'avons dit plus haut à la suite de Rawls – peut être respectée si les questions soumises à la délibération souveraine n'impliquent pas de noms propres ou de descriptions définies. Si l'on procède ainsi, nous dit Rousseau, on peut admettre que la délibération politique peut même créer des divisions statutaires et de classe dans le monde social sans que la volonté législative cesse d'être générale. Telle est la position et l'explication que nous trouvons dans le passage suivant du *Contrat social* :

Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs Classes de Citoyens, assigner même les qualités qui

donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis [...]»²⁶.

La difficulté de cette position réside, c'est presque évident, dans le fait que la généralité garantie par ces restrictions formelles et l'incertitude des parties, qui doivent décider des répercussions que ces décisions auront sur leur vie privée, ne sont pas suffisamment fortes pour empêcher les membres du corps souverain de faire des estimations sur les répercussions que ces décisions auront sur eux-mêmes et sur ceux qui les entourent, ainsi que sur la probabilité que de tels développements se produisent. Cela se comprend aisément si, comme le dit Rousseau lui-même, on observe que la création de privilèges et l'institution des classes doit établir une discrimination entre leurs conditions respectives d'accès ou d'inclusion. Alors, les informations dont disposent les électeurs sur leurs conditions individuelles et celles de leurs proches suffiront pour qu'ils se fassent une idée au moins approximative de ce que seront leurs positions et intérêts lorsque ces distinctions sociales seront mises en œuvre. Ainsi, dans le cas de création des classes, il faudra préciser les critères de distribution et d'inclusion des individus dans chacune d'entre elles – par exemple, la race, la richesse, l'éducation, l'âge ou n'importe quel autre facteur –, ce qui, c'est évident, permettra aux participants de prendre position sur ces initiatives non seulement en tant que membres du corps souverain, mais aussi en tant que personnes particulières dont les intérêts seront alors nécessairement pris en considération lors du vote.

Donc, même si, selon la leçon de Rousseau, cet aperçu des éventuelles répercussions négatives, qu'une nouvelle législation peut avoir sur chacun des membres du corps souverain, doit être normativement soumis et évalué à la lumière de ce qu'est l'intérêt commun véritable du peuple, il est indéniable que l'identification de ce dernier sera continûment menacée par les distorsions qui découlent de l'existence et de la reconnaissance, au moins indirecte, des intérêts particuliers. Cela implique que l'exigence de généralité des matières à soumettre à la délibération collective peut difficilement garantir que les divergences d'opinion soient de nature purement épistémique, étant donnée la contamination des évaluations et des jugements des membres de l'assemblée par des anticipations, plus ou moins exactes, des situations globales futures et de ses effets sur leurs positions particulières et privées.

Il est vrai que si l'on introduit dans cette discussion la notion de voile d'ignorance, l'une des grandes innovations théoriques de Rawls, on pourrait, à première vue, éviter cette difficulté. Si la recommandation rawlsienne selon laquelle chacun devrait décider des principes d'organisation de la vie sociale en se demandant comment il les accueillerait au cas où il se trouverait dans la position la plus défavorisée est raisonnable et convaincante, il n'est pas moins convaincant qu'après le choix des principes dans la position originelle – et une fois les individus rendus à la clairvoyance sur leurs intérêts particuliers –, les différences concernant les choix et les effets des politiques publiques se manifesteront nécessairement – et elles le feront avec plus ou moins de tolérance selon les intérêts et croyances de chacun des membres de la société. C'est pourquoi la satisfaction de l'exigence normative impliquée par les compromis obtenus lors des décisions institutionnelles prises dans la position originelle sera soumise fréquemment à des « tests de stress » au cours desquels elle sera menée aux limites de sa résistance, pouvant même devenir intenable.

²⁶ *Contrat social*, II, VI, p. 379.

Or, force est de constater que la disposition à s'orienter d'après les exigences de la justice et à ignorer, face à des décisions politiques importantes, les effets et les répercussions qu'elles auront sur soi et sur ses proches, suppose de la part des individus un degré de détachement et d'engagement moral qui ne semble pas compatible avec la politique que nous connaissons ordinairement. Cette observation ne doit cependant pas être comprise comme si le monde politique était fermé et totalement étranger aux préoccupations normatives, mais plutôt comme la simple reconnaissance du fait que la présence massive et presque irrépessible d'intérêts personnels, privés et particuliers dans la manière dont nous évaluons les questions soumises à la décision dans le contexte de la politique ordinaire signifie que le cours de cette dernière est normativement instable, sujet aux mésententes et aux différends, pour reprendre les termes de Rancière et Lyotard.

Le deuxième ordre de raisons qui me semble compromettre inévitablement les tentatives pour donner à la décision politique le statut de science appliquée est que l'ouverture de la vie sociale à l'avenir et l'imprévisibilité relative mais inéluctable de ce dernier sont en elles-mêmes génératrices de conflits. Les initiatives humaines n'étant pas soumises à des déterminations d'ordre biologique, le déroulement à moyen et long terme de nos décisions est fortement indéterminé, soumis à des dérivations alternatives qui, en plus de générer des attentes et des efforts inévitables pour prévoir si elles seront satisfaites ou non, rendent la justification normative des décisions prises extraordinairement complexe.

Si nous considérons maintenant l'évaluation des options ouvertes aux sociétés non plus du point de vue d'une hypothétique science sociale rigoureuse, mais du point de vue des citoyens qui, dans les sociétés démocratiques réelles, sont ceux qui doivent au moins approuver les choix à faire, la possibilité de les percevoir de manière convergente est encore plus difficile, et cela d'abord en raison du fait que tous les individus ne sont pas naturellement capables de saisir la signification et les implications de phénomènes complexes, tels que ceux qui sont impliqués dans les décisions sociales importantes. De plus, même si l'on acceptait de manière contrefactuelle l'hypothèse de l'égalité du potentiel cognitif naturel des individus humains, il faudrait admettre que la division sociale du travail et l'inévitable différenciation des contextes culturels et scientifiques, surtout dans les sociétés modernes, sont des facteurs inévitables de différenciation cognitive des futurs possibles, d'où découlent très facilement des divergences évaluatives et la multiplication des courants d'opinion. Pour donner un exemple, une réforme de la sécurité sociale concernant l'âge minimum de la retraite sera probablement accueillie paisiblement par ceux qui atteindront cet âge avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais avec beaucoup d'appréhension et de désaccord par ceux qui sont sur le point d'atteindre le nouvel âge minimum après la date d'approbation de la réforme proposée, et possiblement avec indifférence par les jeunes qui ne sont pas encore entrés sur le marché du travail.

Il faut aussi noter que dans les controverses qui surviennent dans le domaine de la politique réelle, les participants présentent souvent les options divergentes comme si elles étaient susceptibles de détermination univoque, comme étant vraies ou fausses, bien que de telles allégations soient dans la plupart des cas des prétentions fort discutables et incertaines, dont découlent inévitablement les disputes permanentes sur ce qui est correct et ce qui ne l'est pas dans la vie politique effective. Or, comme nous l'avons vu, la position de Rousseau est que ce qui est vrai et faux dans les options discutées est toujours présent, même si, souvent, la nature respectivement vraie ou fausse de l'une ou de l'autre n'a pas été reconnue. Mais, comme on l'a vu aussi, même dans ce contexte analytique raffiné,

cette position est difficile à tenir car, afin de maintenir le clivage entre une position vraie et une position fausse, Rousseau est obligé de soutenir que chaque fois qu'il n'y a pas de décision unanime sur une question de caractère général, la minorité, en plus de ne pas avoir objectivement raison, devra accepter sa défaite dans les urnes comme un signe certain de son erreur épistémique – ce qui, avouons-le, n'est rien d'autre qu'une tentative pour masquer une position autoritaire ou, du moins pragmatique²⁷, à l'aide d'une présomption épistémique falsifiable.

Remarquons encore que cette thèse repose sur un postulat absolument inutile au moment de la controverse, puisque, au moment où le choix est délibéré, toutes les parties prétendent être porteuses de la position correcte. Pour cette raison, accorder à la majorité qui s'établit au moment de la clôture du vote, donc *post festum*, le mérite d'être l'expression correcte de la volonté générale apparaît comme une *fiat* arbitraire dont la justification ne peut être admise, sinon par des motifs pragmatiques, comme on l'a expliqué dans la note précédente.

Il est vrai que si les conséquences des alternatives soumises à la décision politique étaient univoques, si elles s'appuyaient sur une science sociale rigoureuse capable de prévoir au moins les principaux effets à moyen et long terme des décisions, et si cette sécurité épistémique s'accompagnait d'un consensus sur les principes qui doivent guider le mode de vie en société, il faudrait bien admettre que le simple fait que les hommes sont obligés de construire leur avenir sur la base d'options ne provoquerait pas des disputes si fréquentes et si répétées. Dans ce cas, comme le voulait Platon – écartant ainsi les positions partiales, cyniquement intéressées et égoïstes –, la politique entrerait dans le domaine de la science et de la vérité, même si, dans un tel scénario, parler de décisions et de choix n'aurait plus beaucoup de sens car, comme le dit Hannah Arendt, *seen from the viewpoint of politics, truth has a despotic character*²⁸.

²⁷ Que Rousseau soit sensible à la difficulté de déterminer de manière sûre où se trouve l'intérêt général lors des prises de décision effectives, on le voit quand il examine les situations dans lesquelles doit varier l'exigence relative au poids du vote majoritaire : « En montrant [...] comment on substituait des volontés particulières à la volonté générale dans les délibérations publiques, j'ai suffisamment indiqué les moyens praticables de prévenir cet abus[.] Deux maximes générales peuvent servir à régler ces rapports : l'une, que plus les délibérations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'emporte doit approcher l'unanimité : l'autre, que plus l'affaire agitée exige de célérité, plus on doit resserrer la différence prescrite dans le partage des avis ; dans les délibérations qu'il faut terminer dans le champ l'excédent d'une seule voix doit suffire » (*Contrat social*, IV, II, p. 441) Or, considérant, d'une part, que même la volonté de tous peut errer dans l'identification de l'intérêt commun et, d'autre part, que Rousseau admet l'existence d'un gradient de difficulté à surmonter dans la reconnaissance de celui-ci (« la volonté générale est plus ou moins facile à connaître » (*ibid.*, p. 440), il est clair que Rousseau voit que la détermination de ce qu'est le contenu de la volonté générale à un moment donné peut s'avérer dans la nécessité de changer dès lors que sont modifiées les conditions dans lesquelles chaque vote a lieu. Cela justifie l'allusion faite ci-dessus à un possible caractère pragmatique de la qualification des votes majoritaires comme expression de la volonté générale dans des situations où l'identification de son contenu est difficile.

²⁸ H. ARENDT, *Between Past and Future. Eight Exercises In Political Thought*, Viking Press, New York, 1968, p. 241. Immédiatement à la suite du passage cité, on lit : *The modes of thought and communication that deal with truth, if seen from the political perspective, are necessarily domineering; they don't take into account other people's opinions, and taking these into account is the hallmark of all strictly political thinking [...]* (p. 298-299). La vérité est que nous ne disposons pas d'une métrique technique et consensuellement acceptée pour l'évaluation sûre des pertes et des gains occasionnées par les choix de politiques, notamment dans le domaine social et économique, ce qui rend le calcul à longue échéance des impacts agrégés de ces décisions, qu'ils soient positifs ou négatifs, très incertain et inévitablement controversé.

Aux considérations développées jusqu'ici en vue de montrer les limites de toute entreprise de contrôle et de régulation scientifique de la politique, il faut encore ajouter le point mentionné plus haut : le régime d'urgence sous lequel les décisions politiques sont prises. Son importance est liée au fait que, dans ce cas, nous disposons non seulement d'un autre argument démontrant les limites du traitement épistémique du politique, mais aussi d'un argument limitant la possibilité *pratique* d'appliquer en toute sécurité des principes normatifs assumés comme pertinents.

En effet, en cas d'urgence, la précarité de la prévision des conséquences des décisions politiques a sa source dans le mode propre du rapport de la politique au temps. Sous cet aspect, l'instabilité et donc le risque auxquels sont soumis les projets et les actions politiques ne proviennent pas de l'imprévisibilité structurelle des effets plus ou moins lointains de nos décisions, mais plutôt de l'impossibilité de réunir, d'organiser et d'évaluer adéquatement les informations, évaluations et conjectures disponibles sur les conséquences physiques, économiques, sociales et culturelles de ce qu'il faut faire dans un « temps habile », comme on dit en portugais dans un *tempo hábil* (temps habile), c'est-à-dire compatible avec le rythme rapide des décisions imposé par la vie politique²⁹.

De plus, du point de vue de la théorie, l'aspect le plus intéressant des limites découlant de l'urgence comme dimension constitutive du temps politique réside moins dans cet obstacle aux efforts de maîtrise cognitive des implications des décisions soumises à la décision politique, que dans les difficultés qui en découlent pour satisfaire les prétentions de contrôle normatif alimentées par les théories délibératives de la démocratie. Cela ne tient, bien sûr, pas au fait qu'elles imaginent de manière irréaliste que les décisions politiques réelles sont prises dans les « conditions idéales de discussion », pour reprendre l'expression de Jürgen Habermas, dans ces situations idéalisées où, notamment, il n'y a pas de limite de temps pour les discussions délibératives. Tout au contraire, la raison en est que la critique des responsables des décisions politiques réelles à la lumière de ce que seraient les décisions alternatives conçues sous les conditions dites idéales de discussion sera toujours controversée en conséquence des deux types de limitations que je viens de signaler.

Il ne faut pas conclure, cependant, que cette reconnaissance des limites de la connaissance sûre et rigoureuse dans le champ de la politique exclut de sa sphère la quête controversée de la vérité. C'est le contraire qui doit être admis, comme je vais essayer de le montrer.

III. ET POURTANT LA POLITIQUE EST INDISSOCIABLE DE LA MORALE ET DE LA VÉRITÉ

Avant d'aller plus loin, il faut signaler que les considérations antérieures ne prétendent pas nier la vérité bien établie selon laquelle des positions normatives ne peuvent pas être éliminées par leur non-observation, ni par les difficultés de démonstration de leur pertinence. Le fait de souligner – comme je viens de le faire – le caractère ouvert et controversé des propositions et allégations politiques

²⁹ Pour prévenir des objections immédiates, il convient de préciser qu'on considère ici les situations fréquentes dans lesquelles sont émises des requêtes de décision plus ou moins urgentes, dont les réponses sont nécessairement prises en temps court, même si maintes fois elles prennent la forme de décisions négatives, parce que le refus silencieux de changement du *statu quo* est également formulé en urgence, même quand il semble que rien n'a été fait.

concernant le parti à prendre dans la détermination de la voie à suivre dans les décisions politiques réelles n'est pas destiné à rejeter les lignes normatives contenues dans des œuvres comme celles, paradigmatiques, de Jünger Habermas et de John Rawls, ni un refus de principe de l'idée qu'il y a une composante épistémique constitutive du domaine du politique.

Ce qui est discuté ici, pour prendre des références exemplaires, n'est pas la validité des principes de justice proposés par le second de ces grands penseurs, ni le cadre procédural que le premier a conçu pour aborder les questions sur le plan de la rationalité communicationnelle. Ce que les observations critiques précédentes ont essayé de montrer, c'est la limitation de leur usage pour résoudre les différends propres à la vie politique. Cette limitation est due, d'une part, à la précarité des informations et conditions épistémiques à remplir pour avoir une connaissance préalable des conséquences des décisions de politique publique et, d'autre part, à la difficulté manifeste d'établir des principes normatifs politiquement et pratiquement consensuels.

Prenant le risque de la répétition, je voudrais éclairer mon propos de la manière suivante. Si, idéalement, pour reprendre le cas de Rawls, il est concevable que ceux qui vivent dans des sociétés réelles peuvent se couvrir avec le dénommé voile d'ignorance pour discuter des principes à adopter en vue de l'établissement d'une société bien ordonnée, on ne peut pas ne pas reconnaître que ceux qui le font ne peuvent pas ne pas être conscients qu'il s'agit d'une expérience de pensée parallèle à l'état dans lequel chacun se trouve réellement, de sorte que les sujets qui se placent dans cette situation contrefactuelle auront inévitablement une conscience dédoublée entre l'impartialité assumée dans les conditions de la position originelle et les intérêts très particuliers de la position concrète dans laquelle ils se trouvent. Il en découle que si le recours au voile d'ignorance est efficace pour générer les conditions nécessaires à une discussion sur les exigences normatives fondamentales auxquelles doit répondre une société bien ordonnée, il ne s'ensuit pas qu'il puisse être considéré comme un outil puissant au point de neutraliser pratiquement la partialité des décisions individuelles et collectives prises concrètement au jour le jour dans la vie sociale, celles qui émergent des différences d'opinion, d'idéaux et d'intérêts des personnes et des groupes sociaux.

Par ailleurs, si l'on reconnaît dans les sciences sociales les facteurs de limitation de la rigueur épistémique énumérés ci-dessus, il s'ensuit que les principes normatifs et les évaluations de situations concrètes qui en découlent auront une application plus sûre pour juger des situations sociales déjà constituées que dans les essais pour guider des décisions à prendre dans des contextes qui ne sont que partiellement déterminés. Il est vrai que, dans le cas de Rawls, le premier principe de justice, celui du respect de la liberté, établit un droit fondamental et rigide dont le respect peut être vérifié sur la base de la conformité de l'ordre juridique des différentes sociétés, et qui est donc relativement indépendant des décisions spécifiques de politique publique. En revanche, l'évaluation des effets nets des décisions publiques et surtout privées quant au respect ou à la violation du deuxième principe de justice, le principe de différence, n'est généralement pas susceptible d'être déterminée avec certitude *ex ante*. Pour ces raisons, l'évaluation normative préalable des effets des options de politique publique – évaluation à effectuer sur la base de critères de justice – impliquera un processus de justification inévitablement ouvert aux controverses, dont la discussion sera rarement conclue de manière consensuelle avant que les urgences sociales n'imposent une décision.

Cela étant, il faut reconnaître qu'il est de la nature des choix politiques d'être effectivement des choix et que les liens avec les arguments qui les justifient seront

fréquemment discutables et, en ce sens, pragmatiquement fragiles. Mais cela n'implique pas de soutenir que ces décisions sont prises sans raisons, mais simplement que, dans bien des cas, elles acceptent la volonté comme *raison suffisante*, comme le dit Sorbière en traduisant le passage où Hobbes affirme qu'en politique la volonté tient lieu de raison. Cela revient à admettre que dans la vie politique il y a des situations dans lesquelles la nécessité d'affronter une difficulté importante impose des réponses conçues et exécutées dans des conditions d'incertitude épistémique et normative dans lesquelles il y a un reste décisionnel non éliminable, en dépit du fait que cela ne délie pas ceux qui décident de l'obligation de chercher à déterminer leurs sens et valeur. Et ils doivent le faire autant par la mise en balance des conséquences particulières et effets déterminables de l'action sociale, qu'elle soit gouvernementale ou privée, qu'en procédant aux évaluations inévitablement provisoires qu'on peut faire *ex ante* de l'intérêt collectif et du contenu de l'incontournable exigence normative à chaque fois posée par l'idée de bien commun, indépendamment du caractère présomptif de telles estimations.

Ainsi, des deux séries de considérations critiques qui viennent d'être présentées, il ne faut pas conclure que les citoyens individuels – tant dans leurs vies privées que dans les implications sociales de ce qu'il font – seraient absolument et irrémédiablement attachés à leurs propres intérêts, qu'ils seraient incapables de percevoir les conséquences collectives de leurs actions ou des décisions et politiques gouvernementales, et seraient socio-pathologiquement indifférents à la dimension normative de la vie en société. Bien au contraire, tout simplement parce que la constitution interne de nos actions et *a fortiori* des actes politiques, les rend intrinsèquement normatifs, et cela dès le niveau le plus élémentaire de la coexistence sociale, car la propension naturelle à l'autodéfense fait que quiconque vit en société doit, dans une certaine mesure, transcender la particularité de son strict intérêt individuel. C'est justement cette prise de conscience qui rend possible, comme nous l'ont appris les théories du contrat, l'institution d'un centre de décision nécessairement placé au-dessus des rapports directs des individus, dont la raison d'être ne peut être, pour l'essentiel, que de tenter de déterminer et de promouvoir cet intérêt commun, aussi problématique et hasardeuse que puisse être la mise en œuvre de ce *desideratum*.

Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de souligner pour conclure, est que de cette double nature du politique que nous avons mise en exergue découlent trois enseignements majeurs, qu'il convient maintenant d'explicitier.

La première de ces leçons est que la vie sociale soumet tous ceux qui y participent à un mouvement de bascule entre la prise en compte des intérêts individuels et particuliers de chacun et la compréhension de notre dépendance mutuelle ainsi que de la nécessité de trouver les termes et les instruments adéquats pour résoudre nos différends.

La deuxième leçon, non moins importante, est que cette oscillation interne des citoyens et des institutions d'agrégation de leurs intérêts et valeurs se traduit par une instabilité correspondante de l'ensemble social et du pouvoir étatique lui-même. La conséquence en est que la politique gouvernementale, dans tous ses aspects, se développe sous la pression de mouvements particularistes et partiels, tout en étant par ailleurs obligée de chercher, de manière sincère ou hypocrite, des justifications qui relient les intérêts auxquels elle attribue une priorité à l'obligation inéluctable d'identifier et de promouvoir l'intérêt collectif. Il convient également de souligner que l'oscillation inhérente à ce dualisme est non seulement pratique mais aussi normative, parce que, l'intérêt commun n'étant que le point de

convergence des intérêts individuels, il n'est pas possible d'y accéder à l'avance et de l'extérieur, du fait que sa détermination requiert nécessairement le jugement des personnes concernées. Cela signifie que les actes décisionnels de ceux qui sont aux commandes du pouvoir politique seront toujours des performatifs constitutivement risqués, leur statut étant, lorsqu'ils sont pratiqués honnêtement, celui de présomptions plus ou moins réussies de ce qui constitue l'intérêt commun, statut qui ne peut être effectivement déterminé qu'*ex post*, par la reconnaissance pratique (le « *taking off* », selon l'expression choisie par Austin dans son analyse des « *speech acts* ») des destinataires, qui est inévitablement susceptible de démentis et de remises en cause.

La troisième leçon que l'on peut tirer des considérations faites jusqu'ici, et à mon avis la plus importante, est que c'est précisément de cette duplicité et de cette oscillation non éliminable de nos actions, et encore plus de l'exercice du pouvoir politique, qu'émerge le caractère constitutivement moral de toute politique. En effet, le pouvoir politique étant formellement chargé de promouvoir le bien commun, son discours et sa pratique sont constitutivement soumis à la question de savoir si, dans le premier cas, la vérité est dite et si, dans le second, ses initiatives peuvent être admises comme justes, c'est-à-dire de savoir si elles identifient correctement les intérêts collectifs et présentent ceux-ci d'une manière ayant, à première vue du moins, l'impartialité requise. C'est pourquoi, comme je l'ai indiqué ailleurs, nous devons également insister sur le fait que la politique,

même lorsqu'elle est déterminée par les règles impitoyables de la lutte pour le pouvoir et de sa préservation, ne peut manquer d'être liée de manière constitutive à la morale, car il n'y a de politique au sens propre que dans la mesure où la dispute pour le pouvoir et son exercice se font au nom du bien commun et de la justice. Bien sûr, cela n'empêche jamais [...] l'hypocrisie ou le cynisme de ceux qui cherchent à justifier leurs positions en évoquant ces valeurs supérieures. Ce qu'il faut comprendre, cependant, c'est que même lorsque ces accusations sont vraies [...] elles n'atteindront pas ce que l'on peut appeler la *forme logique de l'action politique*, parce que, indépendamment de leur véracité, ceux qui font de la politique prétendent, présupposent ou impliquent toujours que les actions proposées et entreprises, ou que les critiques et les défis soulevés, le sont pour la promotion et la défense de l'intérêt collectif. C'est d'ailleurs ce qui distingue la politique, d'une part, de l'imposition brute et violente de la volonté assumée comme partielle qui caractérise le banditisme, le syndicalisme corporatiste radical et le pouvoir despotique au sens propre du terme ; et, d'autre part, c'est ce qui distingue des échanges sur les marchés, dont le propos et la raison d'être sont exclusivement de servir des intérêts privés. En ce sens, on peut dire que le *voile de l'intérêt public* qui recouvre l'action politique ne peut jamais être levé, ce qui signifie que toute politique est, à certains égards, pour le meilleur et pour le pire, essentiellement morale, car il est inévitable que dans les controverses qui la constituent, la question de la vérité ou de la fausseté des discours soit toujours en jeu, de même que la question de la justice ou de l'injustice des actions annoncées et réalisées³⁰.

Il convient encore de souligner que la reconnaissance de la double nature du pouvoir politique ne signifie pas que la source exclusive de la légitimité politique se réduise au respect sans faille des procédures démocratiquement établies. Bien au contraire, tout ce que j'ai essayé de montrer est que l'exigence de vérité et de justice dans l'action politique est un élément constitutif de la situation dans laquelle s'exerce le pouvoir politique.

³⁰ Voir J. C. BRUM TORRES, *Ética, Direito e Política*, in J. C. BRUM TORRES (dir.), *Manual de Ética*, Petrópolis/Caxias do Sul/Rio de Janeiro, Vozes/Educs/BNDES, 2014, p 425-426.

Enfin, qu'on me permette de dire, pour clore ces remarques finales, que la limitation des mandats et le système des partis ont été les créations institutionnellement géniales par lesquelles, au cours du XX^e siècle, dans les démocraties dites constitutionnelles, ce statut ambigu de la politique a reçu la forme démocratique qui lui convient le mieux, bien qu'elle soit souvent – à mon avis, de manière excessive et injuste – considérée comme insatisfaisante et décevante. Certes, ces mécanismes institutionnels ne garantissent pas l'impartialité républicaine mentionnée dans le titre de ce texte, mais la répétition du cycle électoral est l'extraordinaire ressource pratique qui maintient la répétition et, dans cette mesure, l'élévation constante de la bannière sur laquelle sont inscrites les expressions – bien commun, intérêt public, justice – qui résument l'idéal des démocraties dignes de ce nom.

João Carlos Brum Torres

João Carlos Brum Torres est professeur de philosophie au Brésil (Université fédérale du Rio Grande do Sul – UFRGS, Université de Campinas, Université de Caxias do Sul). Ses travaux de recherche portent en particulier sur la philosophie politique, la théorie de la normativité et l'œuvre de Kant. Auteur de nombreux articles et chapitres d'ouvrages de philosophie, il a notamment publié *Valor e Forma do Valor* (Símbolo, 1979), *Figuras do Estado Moderno* (Brasiliense, CNPQ, 1989), *Trancendentalismo e Dialética* (L&PM, 2004). Il a également dirigé les ouvrages *Manual de Ética* (2014, ouvrage composé de trente-deux chapitres écrits par des professeurs de philosophie de vingt universités brésiliennes, et dont la préparation et la publication, en 2014, a bénéficié de l'aide de la banque de développement économique et sociale du Brésil (BNDES), appui qui a permis sa distribution gratuite pour 6000 bibliothèques publiques du pays), *O país do futuro e seu destino – Ensaio sobre o Bicentenário do Brasil : 1822-2022* (L&PM, 2022).

AUTEURS

Michel Bastit

Michel Bastit, après des études de droit et de philosophie du droit est désormais professeur de philosophie à l'université de Bourgogne (Dijon) et membre des Archives Poincaré (CNRS-Nancy). Sa thèse rédigée sous la direction de Michel Villey a été publiée sous le titre de *Naissance de la loi moderne*, P.U.F., Paris, 1990. Parmi ses dernières publications on peut noter un article intitulé : « Veram nisi fallor philosophiam : l'expérience romaine du droit et de la philosophie », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 94, 21017,1 ; et un livre sur *Le Principe du monde, le Dieu du Philosophe*, P.U.I.P.C., Paris, 2016.

Olivier Beaud

Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas. Directeur adjoint de l'Institut Michel Villey.

Grégoire Bigot

Nantes Université.

Thomas Boccon-Gibod

Maître de conférences, philosophie du droit, des normes et des institutions, Université Grenoble Alpes (IPhiG). Dernières publications : T. BOCCON-GIBOD et A. MATHIEU (dir.), *Monnaie, souveraineté et démocratie*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2022 ; T. BOCCON-GIBOD et al., (dir.), *Souveraineté et néolibéralisme*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2023.

João Carlos Brum Torres

João Carlos Brum Torres est professeur de philosophie au Brésil (Université fédérale du Rio Grande do Sul – UFRGS, Université de Campinas, Université de Caxias do Sul). Ses travaux de recherche portent en particulier sur la philosophie politique, la théorie de la normativité et l'œuvre de Kant. Auteur de nombreux articles et chapitres d'ouvrages de philosophie, il a notamment publié *Valor e Forma do Valor* (Símbolo, 1979), *Figuras do Estado Moderno* (Brasiliense, CNPQ, 1989), *Trancendentalismo e Dialética* (L&PM, 2004). Il a également dirigé les ouvrages *Manual de Ética* (2014, ouvrage composé de trente-deux chapitres écrits par des professeurs de philosophie de vingt universités brésiliennes, et dont la préparation et la publication, en 2014, a bénéficié de l'aide de la banque de développement économique et sociale du Brésil (BNDES), appui qui a permis sa distribution gratuite pour 6000 bibliothèques publiques du pays), *O país do futuro e seu destino – Ensaio sobre o Bicentenário do Brasil : 1822-2022* (L&PM, 2022).

Jacques Caillosse

Professeur émérite de l'Université Paris Panthéon-Assas. Cersa-Cnrs.

Sabino Cassese

Sabino Cassese est diplômé en 1956 à Pise où il a été élève au Collège juridique de l'École normale supérieure. Il est Professeur à la School of Government auprès de l'Université LUISS de Rome et il a été Professeur des universités d'Urbino, de Naples, de Rome La Sapienza et de l'École normale supérieure de Pise. Il a été ministre de la fonction publique du 50^e Gouvernement de la République italienne présidé par Carlo Azeglio Ciampi, et juge de la Cour constitutionnelle italienne. Il est docteur « Honoris causa » des universités d'Aix-en-Provence, Cordoba, Paris-Panthéon-Assas, Castilla-La Mancha, Athènes, Macerata et de l'Institut universitaire européen de Florence et Rome. Il est Professeur émérite à l'École normale supérieure de Pise et Juge émérite de la Cour Constitutionnelle italienne.

Thibault Desmoulins

Thibault Desmoulins est docteur en droit de l'Université Paris Panthéon-Assas, qualifié aux fonctions de Maître de conférences en droit public et membre associé de l'Institut Villey. Il est notamment l'auteur d'une thèse de doctorat consacrée à l'*Arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours* (2018), et d'un essai intitulé *Pouvoir présidentiel et Covid. Crise sanitaire et mutation institutionnelle de la V^e République* (Dalloz, 2023).

Paul Kahn

Paul W. Kahn is the Robert W. Winner Professor of Law and Humanities at Yale Law School, where he directs the Orville H. Schell Center for Human Rights. He received his Ph.D. in Philosophy from Yale University, and his Juris Doctor (JD) from Yale Law School. From 1980 to 1982, he clerked for Justice White on the U.S. Supreme Court. Before joining Yale in 1985, he practiced law in Washington D.C., where he represented Nicaragua at the International Court of Justice. He teaches in the fields of constitutional law and theory, international law, cultural studies and philosophy. He has written extensively on constitutional law, political theory, and cultural studies. His latest publications are *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination* (Yale University Press, 2019), *Testimony* (Cascade Books, 2021), and *Democracy in America 2020* (Yale University Press, 2022).

Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) est, selon Joseph Raz, « peut-être le philosophe du droit le plus influent du XX^e siècle ».

Jean-François Kervégan

Jean-François Kervégan est professeur émérite de philosophie à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre honoraire de l'Institut Universitaire de France. Ses recherches portent sur la philosophie classique allemande, la philosophie classique et contemporaine du droit et la théorie de la normativité. Il est l'auteur de *Explorations allemandes* (Paris, CNRS Éditions, 2019), *Hegel et l'hégélianisme* (Paris, PUF, « Que Sais-Je ? », 4^e éd., 2023), *La raison des normes. Essai sur Kant* (Paris, Vrin, 2015), *Que faire de Carl Schmitt ?* (Paris, Gallimard, 2011), *L'effectif et le rationnel. Hegel et l'esprit objectif* (Paris, Vrin, 2^e éd., 2020), *Hegel, Carl Schmitt* (Paris, PUF, 2^e éd., 2005). Il a aussi traduit les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (Paris, PUF, 3^e éd., 2013) et dirigé ou co-dirigé une vingtaine d'ouvrages.

Mathilde Laporte

Mathilde Laporte est professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (E2S UPPA, CDRE, Bayonne, France). Elle est l'auteur de *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du legal process*, Paris, IFJD, LGDJ, vol. 219, 2022.

Pierre Legendre (1930-2023)

Agrégé d'histoire du droit, professeur émérite de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur d'études émérite de l'EPHE.

Bertrand de Jouvenel (1903-1987)

Philosophe, économiste, politologue, juriste, journaliste et écrivain, Bertrand de Jouvenel est l'un des théoriciens pionniers de la prospective en France. Il est également le fondateur de la revue *Futuribles*.

Quentin Rouèche

Quentin Rouèche est professeur de philosophie en classes préparatoires aux grandes écoles au lycée Leconte de Lisle de Saint-Denis de la Réunion.

Maude Vidal

Titulaire du master II Philosophie du droit et droit politique de l'Université Paris-Panthéon-Assas et du master II Théorie et analyse du droit de l'Université Paris-Nanterre, Maude Vidal s'intéresse à la science juridique et, plus précisément, aux travaux de Hans Kelsen. Elle prépare actuellement une thèse de doctorat portant sur les conditions de possibilité d'un normativisme expérimental à l'EHESS sous la direction d'Olivier Cayla et Olivier Jouanjan.

COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

DROIT & PHILOSOPHIE

Droit & Philosophie est la revue française consacrée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).