PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Christian Atias

Théorie contre arbitraire

Éléments pour une théorie des théories juridiques

Théorie contre arbitraire

8° F
52573
(3)

« LES VOIES DU DROIT »
COLLECTION DIRIGÉE PAR
MIREILLE DELMAS-MARTY,
JEAN-PIERRE ROYER, GÉRARD TIMSIT

ISSN 0766-6764

34
11-12

Théorie contre arbitraire

ÉLÉMENTS POUR UNE THÉORIE DES THÉORIES JURIDIQUES

Christian Atias

Presses Universitaires de France

DI - 15-05-19[illegible] - 16529

A Josiane

DU MÊME AUTEUR

Chez le même éditeur :

Dans la collection « Que sais-je ? » : *Le droit civil*, 1re éd. 1984, 2e éd. 1985. Edition en anglais, A. Levasseur et B. Mihoubi traduct. et édit., Louisiana State University Law Center, 1987.

Dans la collection « Droit fondamental » dirigée par Stéphane Rials :

Epistémologie juridique, 1985.

Droit civil. Les personnes, les incapacités, 1985.

Chez d'autres éditeurs :

La copropriété des immeubles bâtis dans la jurisprudence, Litec, 1979.

Le remembrement rural (en collaboration avec Didier Linotte), Litec, 1980.

Droit civil, Les biens, t. 1, 1980, et t. 2, *Droit immobilier*, Litec, 1982.

Les vraies clefs de la location (en collaboration avec Henri Lepage et François Guillaumat), Editions de l'Institut Economique de Paris, 1984.

Echanges avec Edgar Morin, Science et conscience de la complexité, coordination avec Jean-Louis Le Moigne, Librairie de l'Université (Aix-en-Provence), 1984.

Premiers regards sur la culture juridique québécoise (Wainwright Lectures Series), McGill University, 1987.



ISBN 2 13 039844 8

Dépôt légal — 1re édition : 1987, avril

© Presses Universitaires de France, 1987

108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Sommaire

Table des abréviations 8

Introduction 9

• QUEL DROIT POUR QUELLE THÉORIE
Droit, vérité et justice (n° 1). — L'engagement juridique contre l'arbitraire (n° 2). — La justification inhérente au droit (n° 3).

• UN ESSAI D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE
Théorie sur théories (n° 4). — La porte étroite (n° 5). — Une conviction, entre autres (n° 6). — Au moment où nous mettons sous presse (n° 7). — Pour une histoire de la science juridique théorique (n° 8).

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE ET THÉORIES DANS LE DROIT

Chapitre Premier. — Que de théories ! 27
Le phénomène du pendule (n° 9).

1. *L'imprécision terminologique* 29
Trahi par les mots (n° 10).

• DE MULTIPLES FACETTES
De l'évocation à la détermination (n° 11). — Essai de définition provisoire (n° 12).

• DE MULTIPLES SUBSTITUTS
Synonymes ou faux amis (n° 13).

2. *Des théories et des théoriciens* 36
Relativité des classifications (n° 14).

• CLASSIFICATIONS DES THÉORIES JURIDIQUES
Classifications selon l'origine (n° 15). — Classifications selon l'effet (n° 16). — Classifications selon le moyen (n° 17). — Classifications selon l'objet (n° 18). — Classifications selon la formulation (n° 19). — Un essai de synthèse (n° 20).

• PORTRAITS DE THÉORICIENS
Une impressionnante galerie (n° 21). — Les bienheureux de la théorie (n° 22). — Les conservateurs de théories (n° 23). — Les réactionnaires de la théorie (n° 24).

Chapitre II. — Une théorie est née 55
Genèse de la théorie (n° 25).

1. *Theoreo* (j'étudie) 56
Motifs et objets de l'étude (n° 26). — Le besoin théorique (n° 27). — Anomalies théoriques (n° 28). — Lacunes théoriques (n° 29). — La réaction théorique (n° 30).

***Tableau synoptique des théories du droit subjectif** 70

2. *Eureka* (j'ai trouvé) 69
Naissance de l'idée (n° 31). — La modification des hypothèses (n° 32). — La modification des théories existantes (n° 33).

***Tableau synoptique des étapes d'une modification théorique par transposition** 81

Le retour aux sources (n° 34). — Des conditions de la découverte juridique théorique (n° 35).

***Tableau synoptique. Théories de la cause dans le contrat**..... 101

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIES, VÉRITÉ ET ORDRES JURIDIQUES

Bonnes et mauvaises théories (n° 36). — La réalité des paradoxes (n° 37). — Hypothèses d'épistémologie fondamentale (n° 38).

Chapitre Premier. — La sélection des théories juridiques.. 119

La réponse à une attente (n° 39). — Théories et théorie des sources du droit (n° 40). — Des théories et de leur objet (n° 41). — De l'esthétique théorique (n° 42). — Le conservatisme théorique (n° 43).

***Tableau synoptique. Un exemple d'évolution des théories juridiques : les qualifications du nom patronymique 160**

***Tableau synoptique : répartition des compétences juridictionnelles judiciaire et administrative ou critère d'application du droit administratif 161**

La sélection spontanée des théories (n° 44).

***Tableau synoptique : la vitesse d'implantation des théories juridiques 168**

Chapitre II. — La sédimentation des théories juridiques.. 171

La tradition vive (n° 45).

• LA SÉDIMENTATION ÉLÉMENTAIRE

Sens sur sens (n° 46).

***Tableau synoptique. Les théories dans l'ordre savant traditionnel 180**

***Tableau synoptique. Un exemple de sédimentation en droit international 181**

L'imprévisibilité du sens (n° 47). — Théories consacrées, théories rejetées ou théories inévitables (n° 48).

• LA SÉDIMENTATION COMPLEXE

Théorie contre théorie (n° 49). — La sédimentation complexe, comme indice de la nature du droit et de sa théorie (n° 50).

***Tableau synoptique. Les conceptions théoriques de la protection de la personne humaine 208**

De théorie à théorie ou la fécondité théorique (n° 51). Pour ne pas conclure (n° 52).

Index des noms principalement cités 219

Index alphabétique des matières 223

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

TABLE DES ABRÉVIATIONS

adde	ajouter
Bibl.	Bibliothèque (nom de certaines collections)
Cass.	Cour de cassation
Chr.	Chronique (partie des études doctrinales dans certaines revues juridiques)
Civ.	Chambre civile d'une juridiction
coll.	collection
D.	*Recueil Dalloz* (revue juridique)
DS	*Recueil Dalloz-Sirey* (continuation du précédent)
DP	*Recueil Dalloz périodique* (édition du précédent)
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais* (revue juridique)
JCP	*Juris-classeur périodique* ou *Semaine juridique* (revue juridique)
l.	loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Rev. sc. crim.	*Revue de science criminelle*
Rev. tr. dr. civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RDP	*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
RRJ	*Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif* (Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille)
S.	*Recueil Sirey* (revue juridique dont la parution a cessé)
trib. gr. inst.	tribunal de grande instance

Introduction

QUEL DROIT POUR QUELLE THÉORIE ?

1 *Droit, vérité et justice.* — Face à l'arbitraire, se dresse le droit ; et le rempart qui semblait de papier ne cède pas toujours au premier assaut de la force brutale. Le roi Louis VII se présente à Toulouse aux côtés du comte Raymond V ; Henri II Plantagenêt, vassal du roi, lève le siège de la ville. Il suffit, non plus d'un serment, mais d'un contrat pour qu'un individu, apparemment libre de ses mouvements, tienne ses engagements. Qu'une borne marque la limite de deux propriétés et le voisin, même assuré de l'impunité, renonce parfois à user de la terre d'autrui. Tourner en ridicule ces convictions trop naïves et anachroniques serait aisé ; les exemples abondent de législations injustes, de jugements iniques, de comportements illicites, de trahisons ouvertes, de collusions avec l'arbitraire. Pourtant, depuis toujours, la victime outragée ou qui se croit telle, la victime volée ou blessée, invoque le droit, réclame son bon droit. Depuis toujours aussi, une mode tenace et récurrente dénonce le droit comme une arme du pouvoir, un instrument de domination, une hypocrisie au service d'intérêts inavoués et, bien entendu, illégitimes. Un tel anathème ne peut que frapper également la théorie juridique ; et de citer ce légiste, valet du bourreau, laquais du tyran, mettant sa plume serve à la disposition de la barbarie pour justifier telle spoliation, telle torture, telle vilenie ! La théorie peut alors être définitivement condamnée comme un piège supplémentaire, comme le moyen

détourné de faire accepter l'inacceptable, de produire d'autres dogmes en les parant d'une prétendue rationalité. Ainsi la haine du droit va-t-elle souvent de pair avec une aversion déclarée pour la théorie juridique ; mais ce sentiment-ci peut avoir l'origine inverse. Les meilleurs défenseurs du droit sont parfois les ennemis de la théorie ; c'est pour le mieux sauver qu'ils la sacrifient. Le droit leur semble une technique qu'ils souhaitent aussi précise que possible ; cette fois encore, la vérité se retrouve hors de cause.

Le constat s'impose : beaucoup de ceux qui sont juristes et ceux qui se refusent à l'être, ceux qui reconnaissent la valeur du droit et ceux qui la nient se rencontrent souvent dans un même parti pris sur les rapports entre le juridique, le juste et le vrai. La question de la vérité en droit n'est même plus posée ; nulle voix n'ose plus s'élever pour chanter les mérites et les gloires de la théorie juridique. Si l'application du droit peut supposer la manifestation préalable d'une vérité, la détermination du droit n'a rien à voir avec la recherche de la vérité, *theoria*. Le droit n'est pas une science et ne peut être objet de science ; sa théorie n'est qu'une pratique maladroitement déguisée. Ni la vérité, ni la théorie ne sont affaires de juristes.

Une telle position peut d'abord être fondée sur le refus de toute métaphysique et sur l'espoir d'une neutralité idéologique totale. Les positivistes qui définissent le droit comme un ensemble de règles posées ou effectives[1] dont ils renoncent à apprécier le contenu croient devoir éliminer la question de la vérité juridique pour cette raison même. Lorsqu'ils affirment que cette aporie est étrangère au droit, ils veulent dire qu'il n'y a pas lieu de rechercher, au fondement de la loi notamment, une réalité d'un autre ordre[2] ; en dehors du système des normes édictées par les institutions habilitées à dire le droit, reconnues comme sources du droit, il n'y a rien de juridique. Ces posi-

1. P. Amselek, Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1983, t. 28, p. 271 à 282 : sur l'importance de cette alternative entre le « posé » et l' « effectif », notamment p. 273 à 276 ; du même auteur, Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel ?, *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1978, t. 23, p. 348 : pour une critique de la fonction assignée à la théorie dans les conceptions jusnaturalistes.

2. P. Amselek, *op. cit.*, *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1983, t. 28, p. 277, 279 et 281, pour la critique de la recherche des fondements du droit.

tivistes n'hésitent pourtant jamais à se référer, plus ou moins explicitement, à un vrai droit, à un meilleur droit, pour contester telle ou telle opinion, pour tenter d'emporter la conviction. Et, malgré ce, une théorie leur paraît devoir être dite fausse si et seulement si elle ne rend pas compte du *droit positif*. Cette vérité-là est évidemment très éloignée de celle que poursuivent physiciens et chimistes ; elle n'est pas sans rappeler celle des historiens par exemple[3]. Il pourrait donc y avoir des théories juridiques, comme il y a des théories historiques.

Une même condamnation de la vérité et de la théorie en droit peut ensuite partir de l'idée que vérité et justice sont deux valeurs antinomiques[4]. Ainsi raisonnent souvent ceux qui définissent le droit par référence au juste. Pourtant, dire que le droit doit être conçu « comme une chose », comme « des choses résidant dans le monde de la nature... ou des institutions sociales », c'est admettre qu'il a une « réalité ». « Ce qu'on peut atteindre d'égal dans les biens et les litiges des citoyens », « un objet... un juste milieu objectif, "dans les choses", *in re* » doit probablement avoir sa vérité et doit pouvoir être exprimé dans un discours véridique[5]. La théorie n'en doit pas être impossible. Se pourrait-il que la césure entre, d'une part, le vrai et le faux et, d'autre part, le bien et le mal, ne fût pas plus irrémédiable que la rupture entre l'être et le devoir-être ?

Les deux principales philosophies du droit qui influencent les juristes français ne sont pas radicalement rebelles à toute préoccupation de vérité et de théorie en droit. Si elles ne l'avouent pas toujours, c'est peut-être par stratégie ; elles veulent éviter d'être emportées avec cette théorie que ses abus peuvent avoir rendue vulnérable. Il faut aussi tenir compte de l'ambiguïté des rapports entre scientisme et pensée juridique ; le positivisme, en particulier, se soucie d'autant plus de marquer la scission entre la connaissance juridique et la connaissance scientifique qu'il parvient plus difficilement à se déprendre de l'attraction exercée par cet impressionnant modèle.

3. J. Parain-Vial, *La nature du fait dans les sciences humaines*, Paris, PUF, coll. « Bibl. de Philosophie contemporaine », 1966.

4. Comparer Aristote, *La politique*, Paris, Vrin, 4e tirage, 1982, introduction, notes et index J. Tricot, III, 2, n° 1276*a*, p. 173 : « Les termes *injuste* et *faux* ont la même signification. »

5. M. Villey, *Philosophie du droit*, t. I : *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2e éd., 1978, p. 94 et 73.

2 *L'engagement juridique contre l'arbitraire.* — La caractéristique la moins contestable du phénomène juridique est son inscription dans l'histoire des peuples. Depuis des siècles, des hommes travaillent à la détermination du droit et y procèdent par touches successives, par « essais et erreurs », par succès fragiles et par maladresses fécondes, voire par échecs retentissants. Il n'en est pas exactement de même dans les domaines politique, technique, scientifique ou artistique. L'histoire du droit n'est pas une série d'anecdotes juxtaposées, une succession de périodes relativement distinctes ; elle est une continuité. Elle n'est pas une suite d'épisodes, le télescope de Galilée et Cremonini refusant d'y regarder, les expériences de Pascal et celles de Pasteur, la pomme de Newton et l'étourderie ou le pacifisme d'Einstein. Elle est un ensemble que tout événement nouveau oblige à se recomposer. La formation du droit est continue. Plus encore, le droit est toujours simultanément du passé, du présent et de l'avenir. C'est la perception du temps qui varie le plus fondamentalement d'une discipline à l'autre ; le physicien ou le chimiste le plus prolifique peut, à la rigueur, ignorer les errements de ses prédécesseurs parce qu'il sera apprécié sur des résultats, sur un avenir que le passé ne jugera pas[6]. Le droit, quant à lui, connaît-il des ruptures ? Même les évolutions politiques les plus audacieuses lui ont laissé une part de son passé. Le droit est par nature ce qui justifie son présent et prépare l'avenir par son passé. L'homme a des projets ou un programme. L'économiste dégage, dans l'observation du passé, des lois pour prévoir ce qui se passera demain ou après-demain. Le juriste justifie sa position actuelle par référence à un événement antérieur, un texte voté, un principe consacré, une pratique ancestrale, un usage répandu, une jurisprudence constante, un précédent.

Cette continuité historique a-t-elle un sens ? Les juristes s'emploient volontiers à dégager des évolutions, des tendances, des lignes de force. Vilfredo Pareto enseignait à se défier de telles démarches ; les conclusions sont fonction des durées

6. H. Guitton, Le rôle du temps dans l'édification des théories et des doctrines, *Mélanges dédiés au Pr R. Gonnard*, Paris, LGDJ, 1946, p. 161 et s. — Aux remarques du texte, comparer A. Koyré, *Etudes d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, NRF-Gallimard, coll. « Bibl. des Idées », 1973, p. 74 à 77 sur l'indépendance des « réalisations pratiques et théoriques ».

envisagées[7]. Un sentiment commun paraît être que le droit s'améliore[8], qu'il va plutôt dans le bon sens. Cette appréciation ne se réfère probablement pas à un juste objectif. Si elle évoque une idée assez abstraite et vague de la justice, elle se réfère beaucoup plus nettement à l'efficacité de la lutte contre l'arbitraire. Ce qui paraît reculer, c'est la volonté déchaînée ; c'est le caprice, celui peut-être des gouvernants, celui du contractant qui abuse de sa supériorité de fait dans la négociation ou dans l'exécution du contrat. Le droit est ainsi ce qui exige justification, ce qui demande raison, ce qui garde raison. L'effort historique accompli pour réduire la part de l'activité humaine abandonnée à l'arbitraire est loin d'avoir toujours été conscient et délibéré ; des décisions ont été prises qui ont eu des effets sur un ordre complexe préexistant et indépendant de toute manifestation de volonté créatrice ou organisatrice. Cet effort a reçu des formulations théoriques variées. Les philosophes ont invoqué les dieux et leur courroux, Dieu et sa miséricordieuse sollicitude. Ils ont fait appel à la nature humaine concrète et à ses exigences ; la réalité des rapports entre les hommes n'est-elle pas le plus clair des butoirs imposés à leur volonté ? C'est l'une des convictions sur lesquelles repose le droit naturel classique. Ils ont ensuite affirmé qu'un droit idéal — un autre droit curieusement dénommé naturel — devait guider la recherche du bon droit positif. Les interminables discussions sur le contenu de cet idéal abstrait ont facilité le déferlement de la vague positiviste. Le droit est devenu un ensemble de règles de conduite édictées par des autorités habilitées à cet effet. Ainsi l'état du droit était-il rendu incontestable, aisément vérifiable. Le positivisme présentait l'avantage de faciliter la sélection des « faits » constitutifs de la réalité juridique. Il indiquait, en premier lieu, quels étaient les plus faciles à cons-

7. V. Pareto, Faits et théories, in *Œuvres complètes*, publiées sous la direction de G. Busino, t. XXI, version française de M. Tripet, préface de J. Freund, Genève, Droz, coll. « Travaux de Droit, d'Economie, de Sociologie et de Sciences politiques », n° 107, 1976, p. 85 et 115.

8. L'idée est présente chez Marx, notamment avec l'évocation des « époques progressives de la formation sociale économique » et des « rapports de production bourgeois », « dernière forme antagoniste du processus de production sociale » avec laquelle « s'achève la préhistoire de la société humaine » : préface à la *Contribution à la critique de l'économie politique*, 1859, Paris, Ed. Sociales, 1977, trad. M. Husson et G. Badia, p. 3. — Voir, dans un tout autre ordre d'idée, Ph. Jestaz, L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature, *Rev. tr. dr. civ.*, 1983, p. 233 et s., notamment p. 242 à 251.

tater, à recenser et à interpréter. Il favorisait, en second lieu, la prise en considération de « faits » qui avaient une chance d'être parmi les meilleurs ; la procédure législative, la délibération juridictionnelle, éclairées par la tradition juridique, étaient les premières garanties de la qualité des positions retenues. Sans être éliminée, l'erreur était rendue moins probable. La rançon de cette sécurité assortie d'un espoir de justice, c'était de lier le droit à des volontés. L'adoption d'une telle philosophie est l'équivalent du remplacement de la notion de cosmos organisé, hiérarchisé par celle d'univers désordonné et infini ; tout est désormais possible si le détenteur de l'autorité — politique ? scientifique ? — le veut. La rançon de cette sécurité illusoire, c'était de lier le droit au pouvoir, de le mettre à son service ; c'était de renoncer, plus ou moins ouvertement, à la lutte contre l'injustice et surtout contre l'arbitraire. Parce qu'il y a des contrats et des règles de droit relatives au contrat, il paraissait possible de dire que le droit créait le contrat ; et pourtant, il n'est même pas vrai que le contrat ait besoin de la règle pour acquérir une signification, une réalité juridiques. De même, parce qu'il y a du pouvoir et des règles relatives à son exercice, il a paru réaliste et prudent de décrire le droit comme un phénomène de pouvoir. Toutes les tentatives ultérieures pour soumettre le pouvoir au droit ne pouvaient qu'être vaines ; aucune des fragiles barrières péniblement dressées, volonté générale, volonté populaire, solidarité, contrôle de constitutionnalité, n'ont pu endiguer le flot du pouvoir justifié par lui-même. Le droit était devenu un autre arbitraire ; l'arme avait été retournée contre elle-même. Le marxisme eut beau jeu d'adresser au droit les critiques que méritait une certaine conception du droit ; il suffisait de feindre de croire les positivistes, comme s'ils avaient pu imposer leurs rêves à la réalité, avant de condamner celle-ci à la place du rêve qu'elle avait refusé. Il faut, pourtant, y insister ; à aucun moment, les juges, les juristes dans leur ensemble, ne se sont comportés comme si le droit était un ensemble de règles émanées des autorités habilitées.

3 *La justification inhérente au droit.* — Le droit est autre. Sa nature est de justifier des décisions, des actions. C'est pourquoi il appréhende seulement celles qui ont ou peuvent avoir besoin

de justification ; le conflit d'intérêts qu'elles révèlent, qu'elles provoquent ou qu'elles s'efforcent d'apaiser, en est généralement le signe. C'est pourquoi aussi le droit ne peut et ne pourra jamais échapper à la question du fondement. Il est aujourd'hui de bon ton de dénigrer la justification juridique qui serait pure mystification ; c'est prendre la pathologie pour la norme ou ne pas vouloir comprendre que tous les intérêts ne peuvent être simultanément satisfaits. Le mérite de l'attitude juridique est de rechercher des raisons ; en soi, c'est un bien et ce peut être meilleur encore si ces raisons sont bonnes. L'erreur est de les supposer, par principe, bonnes ou, par principe, mauvaises ; la première est l'erreur positiviste, la deuxième est partagée par bien des penseurs contemporains.

La recherche d'une justification a une valeur en soi parce qu'elle impose la référence à une norme, à une solution généralement appliquée. L'engagement implicite de s'en tenir à la même solution dans tous les cas semblables fonctionne généralement comme une première garantie. Les révolutionnaires de 1789 l'avaient bien compris ; ils n'attendaient pas autre chose du principe d'égalité devant la loi. Toute la difficulté provient de ce qu'il n'y a jamais deux espèces identiques ; du moins est-ce l'hypothèse dont il faut partir avant toute vérification. Tous les systèmes de droit sont ainsi en quête du bon degré de généralité, c'est-à-dire de celui qui permettra de justifier et de prévoir la solution particulière, sans éliminer toute adaptation concrète. Ainsi le droit tend-il à produire une certaine sécurité. Les règles dites artificielles — délais de prescription, contraintes de la circulation routière... — n'ont même pas d'autre raison d'être ; leur contenu peut être indifférent, seules comptent leur existence et leur application qui donnent une prévisibilité suffisante au comportement d'autrui, ainsi qu'à la menace de sanction.

Un bienfait supplémentaire du droit résulte du processus de sélection des bonnes et des mauvaises justifications, qu'il comporte. Beaucoup de philosophes pensent aujourd'hui que la seule qualité pertinente des raisons invoquées à l'appui des décisions juridiques est leur aptitude à convaincre les citoyens, à leur faire accepter par exemple les jugements qui les affectent, les contraintes subies, comme les libertés laissées à autrui. Une autre conception est envisageable. Chacun a conscience que

toutes les attitudes ne se valent pas, que toutes les raisons d'agir ne sont pas équivalentes ; leurs résultats en particulier diffèrent. Inévitablement, le droit recherche les bonnes raisons et tend à les préférer même si le législateur ou les juges font mine de les oublier. Le positivisme fait confiance à la procédure — notamment lorsqu'elle repose sur l'élection démocratique — pour dégager les meilleures justifications ; l'expérience historique démontre que c'est un pari dangereux. S'il a fallu instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois, c'est bien que la procédure législative n'est pas une garantie suffisante. Les bonnes raisons sont et demeurent celles qui ne légitiment pas des actions pernicieuses ou suicidaires pour l'homme ou pour la société des hommes. Autrement dit, il ne suffit pas de dire avec Kant : « Agis toujours de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse valoir comme principe de législation universelle » ; l'universalisation même n'est pas un critère suffisant si elle ne se réfère pas à la nature humaine qui, toujours, marque les limites du possible.

Cette nature et ses exigences sont-elles impossibles à découvrir ? Rien ne justifie une telle position de principe. Ce qui est vrai, c'est qu'entre le droit naturel et le droit positif bien des sources de distorsion peuvent se glisser. Certaines législatures préfèrent satisfaire les revendications des électeurs majoritaires ou influents plutôt que de veiller à l'intérêt commun. Le droit peut certainement être provisoirement et partiellement perverti par le pouvoir législatif comme par le pouvoir judiciaire. Des théories malencontreuses peuvent aussi exercer sur lui une influence perverse. Pourtant, il faut se souvenir que le droit est une continuité historique ; il sait rejeter certaines justifications en s'éclairant d'une tradition ancestrale particulièrement riche. Certes, la tradition juridique a ses égarements ; certes, elle est un guide bien peu rigoureux et difficile à suivre. Sa complexité n'est que le reflet de celle du juste que réclame la nature humaine. Le droit est un ordre, un ensemble de régularités auxquelles les bonnes justifications font appel. Ces régularités sont nées de l'incessante rencontre de multiples règles délibérées (traités, constitution, lois, règlements), de solutions plus ou moins généralisées (décisions juridictionnelles) et de la nature humaine placée dans les circonstances concrètes les plus diverses (besoins, aspirations, moyens de les satis-

faire...). C'est pourquoi le droit est inconcevable et inexprimable. Tels sont ses caractères les plus inattendus pour la plupart des juristes contemporains ! Leur erreur a été de croire que le droit pouvait être seulement un ensemble de règles générales ou un ensemble de décisions particulières. Le droit n'est pas cela, car *le droit n'est pas* ; *il advient.* Il advient sans espoir d'être jamais advenu. Il est cheminement, itinéraire. Il est en attente d'une infinité de décisions qu'il se prépare à justifier, alors que leurs circonstances concrètes sont encore inconnues ; dans ces décisions, il s'achève et s'accomplit. Les faits qui rendent la décision nécessaire provoquent aussi la rencontre de multiples règles préétablies et de la nature humaine placée dans une situation déterminée ; ils informent le droit en marquant sa fin, son but et sa mort, c'est-à-dire sa dénaturation en phénomène du passé. Parce que ces faits changent sans cesse, la nature humaine elle-même doit renouveler ses réactions sans se trahir, évoluer sans se méconnaître. C'est elle seulement qui peut préparer l'envol vers le droit et nous porter au juste. C'est de tout cela qu'il faudrait faire la théorie pour préparer la recherche, en chaque espèce à venir, des meilleures raisons de décider. S'il arrive qu'un juriste se trompe de combat et prenne l'enfer pour le firmament, la complexité de la tradition juridique et sa richesse peuvent être son excuse : « Ses ailes de géant l'empêchent de marcher »[9].

Qui ferait sienne une telle conception se trouverait ramené à la question centrale de l'épistémologie juridique fondamentale : comment connaître ce droit inconcevable et inexprimable ? Pour tenter de décrire quelques épisodes dans l'histoire des théories juridiques, il faut se contenter provisoirement[10] de quelques hypothèses simples.

UN ESSAI D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE

4 *Théorie sur théories.* — Le droit a ses théories ; elles sont multiples, innombrables et partout présentes. Tantôt, elles irriguent ouvertement tout un domaine ; elles l'inondent pour le

9. Ch. Baudelaire, *Les fleurs du mal*, L'Albatros.
10. Voir *infra*, n° 38 : « Hypothèses d'épistémologie juridique fondamentale ».

féconder ou le stériliser. Tantôt, elles se font plus discrètes et sourdent au hasard d'une hésitation, d'une discussion. Bien peu de règles ou de solutions peuvent être exposées sans aucune référence à une théorie, à un ensemble de théories ; toute argumentation se fonde sur les unes et combat les autres. Certaines théories sont de grande ampleur et certaines sont plus spéciales. Les unes sont anciennes, les autres apparemment plus récentes. Il en est qui sont attribuées à un auteur connu, tandis que d'autres sont directement déduites d'une disposition légale ou d'une décision célèbre ; beaucoup ont puisé, dans le succès, un relatif anonymat. Quelques théories ont des origines idéologiques bien claires, alors que d'autres paraissent inhérentes à l'esprit même de notre droit, à ce creuset où se sont fondues tant d'influences intellectuelles, culturelles et morales. La plupart d'entre elles ont leur histoire, composée de succès et d'engouements, d'échecs et de reniements, de déclins, de renaissances ou de restaurations, de controverses et de silences. Des théories du droit subjectif à celles du service public, de la théorie des équipollents à celle de la connaissance acquise, des théories de la cause à celles des droits du locataire, de la théorie du patrimoine à celle de l'acte administratif unilatéral, des théories de la personnalité morale à celles de l'acte clair, de la théorie de l'apparence à celle du cumul idéal d'infractions, des théories de la possession à celles de la propriété ou du contrat, voire de l'autonomie de la volonté, la connaissance du droit passe par celle de nombreuses constructions qui s'efforcent à la cohérence. C'est pourquoi l'étude des significations données, par les juristes, au mot «théorie», l'examen de ce qu'il désigne, des régularités et variations à constater dans l'évolution juridique théorique peuvent être d'un certain intérêt.

La théorie juridique est dotée d'une fragilité qui s'est manifestée en quelques circonstances historiques bien connues. D'ardentes discussions se sont éteintes sans laisser d'héritage apparent. Des constructions abstraites longtemps admirées et cultivées à loisir ont brutalement sombré dans l'oubli. Il faut encore songer au prétendu divorce de l'Ecole et du Palais[11].

11. Voir notamment L. Julliot de La Morandière, Le cinquantenaire de la revue, *Rev. tr. dr. civ.*, 1952, p. II. — Et, dès le premier article paru dans cette même revue, Ad. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *Rev. tr. dr. civ.*, 1092, p. 9-10. — Comparer M. Troper, La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel, *RDP*, 1984, p. 263 et s.

Les excès de certains exégètes et ceux de quelques annotateurs de décisions juridictionnelles sont encore là pour attester de la nécessité de défendre la théorie[12]. Pire, la théorie est rejetée en tant que telle par certains pour sa subtilité gratuite et pour son inefficacité. Proposer de rassembler quelques éléments d'une future théorie des théories juridiques, n'est-ce pas alors superposer deux attitudes intellectuelles inutiles ? En tous domaines de la connaissance, l'opinion est volontiers soutenue que « la théorie ne réussira jamais ». Elle semble ne pas en avoir le moyen ; « elle ne peut s'empêcher de faire l'emprunt de ses termes et de son contenu à ce qu'elle prétend dépasser, à savoir le monde muable de la pratique, de la croyance, des suppositions, des points de vue, etc. ». La théorie ne saurait se prévaloir d'aucune supériorité ni quant à ses sources, ni quant à sa méthode ; elle ne serait qu'un dessin maladroitement décalqué, qu'une esquisse sans valeur heuristique, sans apport critique. Elle ne peut « guider la pratique parce que ses règles et ses procédures ne sont rien d'autre que des généralisations tirées de l'histoire de la pratique (et tirées seulement d'un petit morceau de cette histoire-là) ; et la théorie ne peut réformer la pratique parce que, plutôt que de neutraliser les intérêts, elle commence et se termine par l'intérêt tout en élevant les impératifs de l'intérêt — de quelque projet localisé, particulier, partisan — au statut de l'universel »[13]. Il y a donc une certaine provocation à souhaiter l'avènement d'une théorie des théories juridiques, voire à se contenter de retracer quelques épisodes de leur histoire.

5 *La porte étroite.* — Une théorie des théories juridiques pourrait être élaborée quelque jour en épistémologie juridique descriptive ; telle est l'hypothèse ! L'objet d'étude est un aspect de la connaissance du droit, considérée distinctement de son élaboration institutionnelle — par les « sources du droit » habituellement reconnues. Le but est de décrire et de tenter

12. Voir J.-J. Bienvenu, Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif. *Droits, revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, 1985, n° 1, p. 153 et s., notamment p. 156-157 ; L. Julliot de La Morandière, *op. cit.*, p. VI-VII.

13. Stanley Fish, La théorie est sans conséquence, *Critique*, mai 1985, t. XLI, n° 456, p. 450, 466 et s. — Comparer M. S. Moore, The need for a theory of legal theories, 69 *Cornell Law Review* 988 (1984).

d'expliquer les caractéristiques de ce que rien n'interdit d'appeler la « science du droit » ; il suffit d'entendre sous cette expression consacrée une activité principalement orientée vers la connaissance d'un objet tenu pour déjà posé, au moins partiellement, avant d'être connu, et non vers l'élaboration de cet objet — dans ce dernier cas, il s'agirait de la science que le doyen François Gény opposait à la technique juridique. Il faut, de plus, admettre que l'emploi de l'expression « science du droit » n'emporte aucun parti pris sur la nature du savoir juridique, sur son éventuelle parenté avec d'autres savoirs. Même si la connaissance du droit est totalement différente de la connaissance de la nature, certains, dans la société, peuvent prétendre connaître le droit et sont généralement considérés comme le connaissant. C'est leur activité qui doit être examinée. Ne se distinguerait-il pas toujours clairement d'une pratique professionnelle, leur savoir pourrait encore avoir ses lois ; ce sont ces régularités-là qu'il faudrait mettre au jour. Une première voie pour s'y lancer consisterait à rechercher des explications d'ensemble en dehors du droit ; mais rien ne prouverait ni leur valeur propre, ni leur pertinence. Venues d'autres disciplines aux caractères « scientifiques » plus affirmés, la linguistique ou la sociologie par exemple, elles risqueraient fort d'impliquer un préjugé de scientificité. Une deuxième voie peut être désignée comme relevant de l'épistémologie juridique descriptive[14]. Elle s'attache à l'examen des raisonnements implicites et explicites effectivement menés par les juristes pour en éprouver la cohérence, les postulats et les résultats.

Ce faisant, l'épistémologie juridique descriptive prend pour objet d'étude une discipline qui est ; elle porte sur la connaissance du droit, telle que s'y adonnent les juristes français actuels en particulier. A l'évidence, une telle réflexion suppose une certaine idée de la discipline qui devrait être ; ce n'est pas un handicap dès lors que cette référence est aussi explicite que possible et aussi ouverte que possible à la controverse. L'épistémologie mise en œuvre est la description, l'analyse et, éventuellement, l'explication des modes de connaissance du droit, tels qu'ils sont pratiqués. Elle peut être dite théorique

14. C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, coll. « Droit fondamental » dirigée par Stéphane Rials, série Droit politique et théorique, notamment n° 7, p. 17.

en ce qu'elle s'efforce de repérer et d'évaluer les postulats, les principes et les résultats de l'activité déployée par ceux qui cherchent à connaître le droit. Cette théorie de la connaissance du droit ne prétend nullement à l'autonomie à l'égard de la philosophie du droit ; elle emprunte au contraire ses acquis et ses doutes, ses questions et ses réponses. Le passage de la théorie du droit subjectif selon Windscheid à celle de Dabin, ou des critiques de Duguit au silence actuel, est-il dépourvu de signification et d'*a priori* philosophiques ? Cette épistémologie se veut également différentielle. Elle met l'accent sur des relations, voire sur des contradictions (de moyens ou d'objectifs, de conceptions ou de formulations) ; elle cherche à découvrir des évolutions divergentes où dont les rythmes sont différents. Essentiellement relative, cette épistémologie tend à multiplier les points de vue en prenant successivement chaque principe, chaque institution, chaque règle, comme référence et comme paramètre, puis comme objet d'étude ou comme variable.

6 *Une conviction, entre autres.* — S'efforcer de prendre conscience des postulats qui orientent la connaissance du droit ne donne pas la certitude d'y échapper, ni celle de n'en adopter aucun autre. Il faut y insister ; l'épistémologie juridique descriptive ne prétend ni à la neutralité, ni à l'objectivité. Son mérite et sa force sont de connaître et de reconnaître ses convictions fondamentales ; une subjectivité consciente d'elle-même est moins à craindre qu'une illusion d'objectivité. La haine des opinions d'autrui est plus pernicieuse que le courage des siennes. Envisager la connaissance du droit telle qu'elle est et comme un objet spécifique, c'est courir le risque de ne pas se détacher de l'idéologie — ou des idéologies : le choix entre singulier et pluriel est la question cruciale — qui inspire les juristes. Toute la difficulté est de savoir s'il y aurait vraiment profit à en retenir une autre. Etrangère au droit actuel et à sa connaissance — parviendrait-elle, tout en l'expliquant, à se déprendre de son influence ? —, elle n'aurait pas, par là, démontré sa supériorité. Le refus de ce qui est ne conduit pas toujours au mieux ; il est dommage qu'il soit devenu nécessaire d'asséner de telles banalités. Même s'il est utile de révéler les tendances diverses qui inspirent les ci-devant

« sources du droit », il n'est pas inutile de révéler celles qui se superposent aux premières dans l'inévitable travail de coordination, de systématisation et de vulgarisation du droit. Il faudrait une vue bien schématique de l'activité juridique pour supposer une absolue coïncidence des premières et des secondes.

En définitive, il y aurait deux façons de présenter la conviction qui est au cœur du projet d'examiner quelques aspects de l'histoire des théories juridiques. La première serait de dire que la tradition juridique française est trop belle et trop riche pour mériter une censure systématique. Une seconde serait que la connaissance du droit ne peut être étudiée par qui refuse d'emblée, par principe, par construction et par convention, toute affinité avec elle. Pour tenter de comprendre l'activité qui fut celle de nos savants-juristes depuis des siècles, il faut autant de sympathie que de vigilance ; en même temps qu'à la possibilité d'en améliorer toujours les résultats, il faut croire aux qualités profondes d'efforts trop volontiers supposés pervers.

7 *Au moment où nous mettons sous presse.* — La réflexion sur le droit a connu, ces dernières années, une évolution notable. Après des décennies durant lesquelles il était devenu de bon ton de négliger la théorie, un sursaut s'est produit. Les juristes se redécouvrent théoriciens, inévitablement théoriciens ; ils sentent à nouveau que le droit ne peut être analysé, compris, exposé, ni « aperçu (qu')à travers la lentille d'une théorie », de multiples théories[15]. La renaissance de l'intérêt pour la théorie juridique est une chance à saisir. Elle l'est d'autant plus qu'au moment où les juristes se préoccupent à nouveau de comprendre ce qu'ils font et d'exercer leur esprit critique sur eux-mêmes, d'autres se prennent d'un intérêt nouveau pour le droit. Certains philosophes, en particulier, se demandent tout à coup s'il n'y aurait pas de l'humain là-dedans ; quelques-uns de leurs prédécesseurs l'avaient pensé en effet. Si ce renouveau théorique devait se confirmer, l'épistémologie juridique descriptive pourrait le nourrir et l'amplifier. L'étude des théories, de leurs avatars et de leurs évolutions, pourrait redonner

15. G. Holton, *L'invention scientifique, Thémata et interprétation*, Harvard University Press, 1973, Cambridge University Press, 1978, Paris, PUF, coll. « Croisées », 1982, trad. P. Scheurer, p. 75.