



HAL
open science

La loi. Regards épistémologiques

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

| Jean-Yves Cherot. La loi. Regards épistémologiques. 2015. halshs-01316830

HAL Id: halshs-01316830

<https://shs.hal.science/halshs-01316830>

Preprint submitted on 17 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La loi. Regards épistémologiques

Jean-Yves Chérot, AMU, LTD EA 892

Abstract : Dans une perspective d'histoire de la pensée juridique, la loi ne reçoit pas la même signification en tant que source du droit, en tant que modèle du droit ou encore en tant qu'objet d'interprétation. On distingue les profonds changements dans la conception de la loi qui ont été liés à la modernité, au rationalisme des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, au développement au XIX^{ème} siècle des sciences interprétatives et aux nouvelles approches sociologiques, puis sceptiques du droit au XX^{ème} siècle.

I. - Introduction

Les participants de ce séminaire peuvent peut-être s'attendre à ce que du point de vue des juristes le concept de « loi » relève d'une évidence et en tout cas d'une grande permanence. S'il y a bien des savants ou des académiques qui devraient proposer une définition partagée de la loi, ce devraient être les juristes et s'il y a bien un champ disciplinaire dans lequel on devrait attendre à la fois clarté et unité dans l'approche de la loi, cela devrait être le droit ou la science du droit.

Cela pourrait être le cas si on se plaçait sur le terrain institutionnel à partir de théories constitutionnelles contemporaines sur la loi (rapport de la loi et du règlement, de la loi et de la législation déléguée, de la loi ordinaire et de la loi constitutionnelle, etc.) Le droit constitutionnel libéral peut définir une théorie de la loi assez homogène, malgré des divergences locales mineures.

Mais ce n'est pas le terrain sur lequel nous allons nous placer. Si on se place du point de vue de l'histoire de la pensée juridique des divergences majeures apparaissent sur la conception de la loi d'un point de vue épistémologique. La loi a été regardée dans la pensée juridique, depuis l'époque moderne (on partira à peu près de Descartes, 1596-1650) et jusqu'à nos jours, de façons très différentes. La théorie du droit change profondément selon les époques dans sa conception de la nature et du sens de la loi.

II. – La question de la loi naturelle dans la philosophie du droit de la modernité

Il existe un point central qui ouvre la période de la modernité qu'il convient de commencer à rappeler.

Il n'y a plus lieu, sauf exception, à distinguer la loi de la nature et la loi posée ou pensée par les hommes. Une telle distinction ne partage plus la pensée juridique laïque. Les doctrines du droit naturel ont été très vivantes aux XVII^{ème} et au XVIII^{ème} siècle mais, dans ces doctrines, le droit naturel dont il question est une méthodologie, une épistémologie nouvelle et pas la poursuite consécration d'un jusnaturalisme naturaliste¹.

S'il y a bien un point central dans la pensée juridique moderne en France ou en Allemagne, aux Pays Bas, en Angleterre pendant cette période là, c'est qu'il n'y a plus de théorie téléologique de la nature et du droit naturel. Il y a bien une doctrine du droit naturel au 17^{ème} siècle et 18^{ème} siècle, elle domine la science du droit, mais cette doctrine du droit naturel n'est pas une doctrine de la loi naturelle. La science nous montre que l'on ne trouve dans la nature que des régularités sous la forme de causalités (des lois causales) et qu'en conséquence on ne peut pas chercher dans la nature une

¹ Voir B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, 3^{ème} ed. 2013.

finalité qui nous donnerait des indications normatives sur nos comportements. Les juristes acceptent l'idée générale moderne que la nature n'a pas de finalité. On ne peut pas découvrir des normes dans des lois de la nature. Dans ce contexte de la modernité, avec une conception de la science qui a évolué, il n'est plus possible de défendre une thèse du droit observable dans la nature.

« La doctrine du droit naturel, rappelle Hart, fait partie d'une conception plus ancienne de la nature selon laquelle le monde observable n'est pas simplement la siége de régularités de ce genre et selon laquelle la connaissance de la nature ne réside pas uniquement dans une connaissance de ces régularités (mais d'une conception téléologique de la nature). L'une des difficultés que l'on a à comprendre une conception téléologique de la nature consiste précisément en ce qu'elle minimise les différences entre les jugements relatifs à ce qui se produit régulièrement et les jugements portant sur ce qui doit arriver, de telle manière qu'elle minimise la différence qui occupe une place si importante dans la pensée moderne, entre les êtres humains porteurs d'un projet qui leur est personnel et qu'ils s'efforcent consciemment de réaliser et les autres êtres vivants ou inanimés ». « La thèse selon laquelle il existe d'authentiques principes qui déterminent la conduite correcte et que la raison peut découvrir a été présentée à l'origine et a longtemps été défendue comme faisant partie d'une conception générale de la nature, inanimée et vivante. Cette conception est, à de nombreux égards, l'antithèse de la théorie générale de la nature qui constitue la structure de la pensée moderne laïque » (*Le concept de droit*, 2^{ème} éditions, Presses universitaires de Saint Louis, trad franç. 2005, p. 204).

Benoît Frydman rappelle que :

« Les théoriciens du droit naturel ne sont pas d'avantage animés par une philosophie du droit commune. Il faut se garder de rapporter l'usage du concept de droit naturel à une prise de position dogmatique dans la controverse ontologique alimentant la spéculation depuis la haute antiquité sur le projet de savoir si la règle de droit trouve son fondement dans la nature ou dans une convention. Le droit naturel moderne n'est en rien réductible au jusnaturalisme. Les définitions variables du droit naturel reflètent au contraire toute la gamme des opinions possibles, jusqu'au positivisme chez Hobbes par exemple » (*Le sens des lois*, précité, p. 243).

Le droit naturel est un projet épistémologique qui veut fonder la science du droit sur les méthodes des sciences exactes et plus précisément sur les méthodes des sciences telle que Descartes les présente. Lorsque l'on parle du droit naturel à partir du 17^{ème} siècle, on est en présence d'une logique épistémologique qui fait référence non à des lois de la nature mais à un droit rationnel, en tant qu'il repose sur une science du droit qui est une science rationnelle, géométrique, qui demande au juristes de partir de quelques principes clairs et évidents et certains et de distinctions claires entre concepts centraux pour en déduire de façon logique toutes les conséquences possibles sur le plan scientifique.

II. – Du droit rationnel au tournant des sciences interprétatives : XVII^{ème} – XIX^{ème} siècle

La loi est regardée dans le grand courant rationaliste (Grotius, Domat, Leibnitz, Spinoza) comme un ensemble cohérent, systématique, complet, logiquement pensé à partir de prémisses claires et évidentes de règles construites par les savants (Grotius part du principe de l'amour de soi et des autres hommes et de la sociabilité naturelle). La loi se présente sous le format d'une codification rationnelle. L'approche de déduction logique à partir de principes clairs et en petit nombre peut rejoindre l'observation des règles positives, c'est-à-dire posées ou pratiqués dans l'histoire et peut ainsi venir au soutien d'un travail de mise en cohérence de diverses sources et textes légués par l'histoire. Mais le fondement du droit n'est pas dans ces sources historiques, dans ces textes épars. La loi est la mise en forme rationnelle des règles présentes dans ces sources. La loi est affaire de science rationnelle du droit. Les autorités habituelles du droit (les juges, les coutumes) sont disqualifiées. On ne cherche plus le droit dans les controverses devant les juges ni dans les argumentations des juristes praticiens.

Ce que l'on appelle le juspositivisme naît au sein même de ce courant rationaliste! Avec Hobbes (1588-1679), la raison veut, devant les conflits sur ce qu'est le juste, que ce soit le souverain qui fixe ce qui est juste, sans que lui-même ne soit soumis à aucune autre règle (comment le pourrait-il puisqu'il y

a conflit sur les conceptions du juste ?). Dans cette approche rationaliste, la loi est un pur commandement. Le souverain produit la loi et il est aussi le seul compétent pour en faire l'application ; mais il peut déléguer l'application de la loi à des officiels qui sont ses serviteurs et dont le rôle est d'appliquer la loi sans aucune marge d'interprétation. Ils doivent s'en tenir au sens grammatical du texte qui est censé refléter la volonté du souverain. Le souverain peut évoquer toute affaire. Le souverain est aussi celui qui détermine le sens des lois religieuses et, s'il est chrétien, il est le chef de l'Eglise. Les sources de la loi divine sont des sources humaines, d'un prophète et d'une organisation religieuse. Le souverain ne peut y être soumis sans que soit mis en péril la mission qui est la sienne en raison.

L'absolutisme éclairé permet d'ailleurs de faire se répondre les deux conceptions de la loi rationnelle et de la loi comme commandement (cela sera illustré au XVIIIème et XIXème siècles par Jérémy Bentham). Dans tous les cas, la clarté et la rationalité géométrique de la loi se comprennent sans qu'il soit besoin de placer l'accent sur son interprétation.

Ces auteurs sont pour la plupart de bons philosophes. Ils savent pertinemment que la loi est une chose et que son application est autre chose, que l'application ne peut se ramener à l'application automatique de règles. Puisque les règles ne fonctionnent pas par elles-mêmes, ils tentent de fermer la voie de toute forme d'interprétation. Ils en appellent à l'interprétation authentique du législateur en cas de doute de la part des juges. Cette théorie de la loi s'accompagne aussi d'une certaine déconsidération de la jurisprudence des tribunaux, de l'étude des cas et des affaires et de toute casuistique.

A ces conceptions des XVIIème et du XVIIIème siècles, on observe au XIXème, un renversement épistémologique (sur ce mouvement général, voir Foucault dans *Les mots et les choses*), un mouvement vers une autre lecture de la loi dans le contexte général du développement des sciences interprétatives (Dilthey, 1833-1911)². Ainsi en Allemagne, comme en France, malgré les différences majeures dans la situation du droit dans les deux pays, c'est dans la science historique que l'on cherche la vérité de l'interprétation des lois et du droit. En France, avec l'école de l'exégèse, la recherche du sens de la loi amène vers les travaux préparatoires, dans les origines des règles codifiées, dans l'intention historique de l'auteur de la loi. L'intention du législateur est recherchée à travers, à la fois, l'approche grammaticale, logique et systématique du texte et de ses sources. Est vigoureusement rejetée toute interprétation qui porterait un intérêt aux conséquences de l'interprétation sur les divers intérêts en présence et le bien être de la société.

En Allemagne où la codification est retardée d'un siècle, c'est le droit romain, toujours source du droit, qui fait l'objet d'un travail de reconstruction théorique historique intense.

IV. – De l'approche sociologique du droit au scepticisme juridique

Le XXème siècle verra à son tour de profonds changements, notamment avec l'avènement, sous différentes formes des écoles sociologiques du droit (Jhering, Gény, Cardozo, Holmes) qui partagent le slogan du droit « comme moyen en vue d'une fin », ce qui implique notamment un appel à une lecture de la loi qui tienne compte du contexte de son application, d'un appel vers le remplacement si nécessaire par le juge des « règles de papier » par des règles efficaces. On invite le juge à se faire sociologue et économiste.

Même si le mouvement en faveur d'une analyse sociologique du droit ne trouve pas une place dominante dans les facultés de droit, quelque chose va en rester. Désormais ce qui est important pour la doctrine et la science du droit, ce ne sont pas les textes mais les règles effectives, celles que l'on trouve dans le travail et les décisions du juge. La doctrine française en droit privé s'intéresse désormais presque exclusivement à la jurisprudence comme l'exprime au plus haut point l'article inaugural sous forme de manifeste d'A. Esmein dans le premier numéro de 1902 de la *Revue trimestrielle de droit civil* et

² Voir aussi ici, Benoît Frydman, *Le sens des lois*, précité.

intitulé « Jurisprudence et doctrine »³. La doctrine doit travailler avec la jurisprudence, elle doit d'ailleurs l'encadrer parce que l'on craint que la jurisprudence construite au cas par cas perde le sens des principes et des théories.

Sous ces doctrines se révèle le changement de focalisation de la science du droit au XX^{ème} siècle de la loi vers la jurisprudence des tribunaux.

Ce changement fait en réalité l'objet d'un intense travail théorique sur le droit qui se poursuit de nos jours et trouve d'importants développements dans divers courants sur le scepticisme à l'égard des règles et de la loi en particulier.

On doit ici faire la place qui est due à la doctrine de Kelsen. Chez Kelsen, l'importance spécifique attachée traditionnellement et encore dans sa thèse d'habilitation (*Hauptprobleme*) à la loi, disparaît avec l'avènement de la théorie de la formation du droit par degré (*Stufenbau*) et la totale réorganisation de théorie de la hiérarchie des normes supprimant toute différence conceptuelle entre la loi et les autres normes juridiques. Le droit est un mécanisme auto-producteur dynamique de concrétisation par la production de normes. Il n'y a plus de distinction entre les actes de production de normes et les actes d'application de norme. Tout acte est à la fois un acte de production et un acte d'application de normes. Toute norme, la loi, comme les normes présentées comme l'application de la loi, est à la fois un acte d'application et un acte de création du droit⁴.

« La création du droit est toujours l'application du droit. Ces deux concepts ne sont absolument pas opposés, contrairement à ce que présume la théorie traditionnelle. Il n'est pas tout à fait correct de classer les actes juridiques en actes de création du droit et en actes d'application du droit ; en effet hormis deux cas extrêmes [...], tout acte est simultanément un acte de création et d'application du droit. La création d'une norme juridique consiste, en principe, à appliquer la norme supérieure qui règle cette création : l'application d'une norme supérieure consiste, en principe, à créer une norme inférieure déterminée par cette même norme supérieure. Une décision juridictionnelle, par exemple, est un acte au terme duquel une norme générale, une loi, est appliquée en même temps qu'est créée une norme individuelle liant les deux parties adverses ou l'une d'entre elles. La législation est création de droit mais, si nous tenons compte de la constitution, nous voyons bien qu'elle est aussi application du droit. Tout acte législatif où sont observées les dispositions de la constitution équivaut à une application de la constitution » (Kelsen, *TGDE*, p. 187, *TPD*, p. 314-317).

La portée de ce changement est considérable et souvent analysé⁵.

Certes, en principe, ce que Kelsen ne nie pas, le contenu de la norme inférieure devra être conforme au contenu de la règle supérieure et la détermination du contenu de la norme inférieure peut être plus ou moins étendu par le contenu de la norme supérieure. La constitution prédétermine moins le contenu de la loi que la loi ne peut déterminer le contenu d'une norme individuelle créée par un acte juridictionnel. Mais si le contenu de la norme inférieure doit être conforme au contenu de la norme supérieure, « on ne peut pas déterminer *a priori*, en se plaçant du seul point de vue de la norme supérieure, le contenu exact de la norme inférieure ».

³ Sur ce point voir Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

⁴ Dans la préface de la réédition en 1923 de ses *Hauptprobleme*, Kelsen écrit que : « Le mérite d'avoir reconnu et expliqué l'ordre juridique comme un système génétique de normes juridiques, qui procèdent selon une concrétisation par degrés de la constitution vers la loi, le règlement et les autres degrés intermédiaires jusqu'aux actes juridiques individuels d'exécution, revient à Adolf Merkl. Celui-ci, contre le préjugé – maintenu encore dans les *Hauptprobleme* – qui voit le droit contenu uniquement dans la loi générale, a introduit avec force [...] cette théorie des degrés du droit comme théorie de la dynamique du droit, relativisant l'opposition, pensée de manière rigide comme un antagonisme absolu, entre la loi et l'exécution, entre la production du droit et l'application du droit, entre norme générale et norme individuelle, norme abstraite et norme concrète. Sur la base des travaux de Merkl et de Verdross, j'ai accueilli dans mes travaux postérieurs la théorie des degrés comme un élément essentiel dans le système de la théorie pure du droit » (traduction G. Tusseau, in Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Economica, coll. « Etudes Juridiques », 2011).

⁵ Voir notamment Eric Maulin, introduction à la réimpression de la « Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français », de Carré de Malberg, 1933, Dalloz, 2007.

Voici comment Alexander Somek présente cet apport comme cette difficulté de la théorie de la formation du droit par degré.

« La production du droit n'est possible que lorsque qu'il identifie la condition sous laquelle elle est aussi application du droit. La détermination de l'application du droit, c'est-à-dire les termes de la compétence, est même à comprendre qu'en tant qu'exercice de la compétence. De telle sorte que la détermination de la distinction entre application et production du droit devient une affaire qui est laissée au processus même de la production du droit qui doit fixer, de façon autonome, ce qui doit être considéré comme application et ce qui doit être tenu pour production. La détermination du volume de ce qu'est tenu pour application du droit doit être considéré comme une produit de la production du droit. Ce faisant, l'élément d'application demeure dans l'obscurité. L'application du droit est une nécessité, mais sa réalité repose sur une fixation dont le fondement se perd dans l'indétermination » (Alexander Somek, « Dynamique juridique : une brève explication », dans Olivier Jouanjan, *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, p. 71 s.).

La théorie de la formation du droit par degré qui s'inscrit dans une doctrine normativiste plus générale pose également une autre question majeure, celle des rapports entre la loi et la Constitution. La loi est présentée à la fois comme un acte d'exécution et de création du droit. La théorie kelsenienne fait ici deux choses. D'une part, elle ne fonde plus le caractère obligatoire de la loi sur elle-même et sur sa force propre de représentation de la volonté générale. La loi est valide et reçoit sa signification comme loi parce qu'une autre norme permet de comprendre cette signification objective⁶. D'autre part, elle permet aussi de poser le problème du rapport entre la loi et la constitution. Si la loi est un acte de création du droit, c'est dans l'exercice de cette compétence que le législateur devra décider ce qui relève de la création du droit et de l'exécution de la constitution. Si le constituant souhaite qu'il y ait un contrôle exercé par un autre organe sur l'exercice que ferait le parlement de l'application d'une telle distinction, cela sera à cet organe de faire lui-même cette distinction dans le cadre de son propre pouvoir de création du droit lorsqu'il pose une norme sur la validité constitutionnelle de la loi. La théorie de Kelsen n'impose pas par elle-même le contrôle de constitutionnalité de la loi par une cour constitutionnelle ; elle se borne à fournir les éléments d'analyse systématique-juridique d'une telle institution.

Il est une approche du problème que soulève la théorie de la formation du droit par degré qui ne fait que révéler un point déjà bien connu en philosophie. La question de la nature des règles en général une espèce d'énigme que rencontre naturellement aussi l'étude analytique du droit. Les règles ne s'appliquent pas toutes seules.

Chez Kant, « la faculté de juger est la faculté de subsumer sous des règles, c'est-à-dire de discerner si quelque chose rentre ou non sous une règle donnée ». Mais « la logique générale ne contient pas de préceptes pour la faculté de juger et ne peut en contenir. (...) Que si elle voulait montrer d'une manière générale comment on doit subsumer sous ces règles, c'est-à-dire discerner si quelque chose y rentre ou non, elle ne le pourrait à son tour qu'au moyen d'une règle. Or cette règle, par cela même qu'elle est une règle, exige une nouvelle instruction de la part de la faculté de juger ». Il en tirait la conclusion que « on voit ainsi que, si l'entendement est capable d'apprendre et de s'équiper au moyen de règles, la faculté de juger est un talent particulier, qui ne peut pas du tout être appris, mais seulement exercé » (*Critique de la raison pure*, A132, B 171, p. 880-801, cité par Brandom, *Rendre explicite*, p. 91).

Voici comment Wittgenstein introduit le problème dans les §§ 198 et 201 de ses *Recherches philosophiques*⁷.

⁶ Voir sur ce point précisément la confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les principes du droit public français par Carré de Malberg. Pour Carré de Malberg, la loi ne peut pas être un acte d'exécution de la constitution pour la seule raison qu'elle ne peut pas être un acte d'exécution car elle est un acte de représentation de la nation (*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, 1^{ère} édition, Sirey, 1933, réédition par Dalloz avec une préface d'Eric Maulin).

⁷ Traduction française de *Philosophical Investigations*, Gallimard, 2004.

§ 198 : « Mais comment une règle peut-elle m'enseigner ce que j'ai à faire à telle place ? Quoi que je fasse, cela est néanmoins conciliable avec la règle selon une certaine interprétation ».

« Ce n'est pas ce que l'on devrait dire. Mais plutôt : Toute interprétation reste en suspens, avec ce qu'elle interprète ; elle ne peut servir d'appui à ce qu'elle interprète. Les interprétations à elles seules ne déterminent pas la signification.

« Mais alors, quoi que je fasse, cela est-il en accord avec la règle ? »

§ 201 : « Notre paradoxe était celui-ci : une règle ne pourrait déterminer aucune manière d'agir, étant donné que toute manière d'agir peut-être mise en accord avec la règle. La réponse était : si tout peut être mis en accord avec la règle, alors tout peut aussi la contredire. Et, de ce fait, il n'y aurait donc ni accord, ni contradiction (.....) ».

L'observation du droit fournit la même leçon. Les règles ne sont pas appliquées à l'aide des seuls mécanismes simples qui sont souvent présentés comme des théories relevant de l'évidence aux étudiants en droit, c'est-à-dire par les seules opérations de subsomption et de déduction. Une bonne partie de la théorie du droit au XX^{ème} siècle s'est précisément attachée à montrer le décalage entre les règles et les jugements se présentant comme l'application des règles.

C'est une chose qui a été montrée depuis longtemps pour le fonctionnement dans le *common law* des précédents. La doctrine des précédents fonctionne sans que, en général, les juges aient énoncé dans une décision la règle qui était suivie ou qui était créée à l'occasion d'un cas et avec des doctrines concurrentes très divergentes et toujours problématiques sur la façon pour le juge de découvrir une règle ou le droit dans un précédent.

Mais les choses ne sont pas nécessairement différentes pour le fonctionnement des règles énoncées dans un code ou dans une loi écrite que pour le fonctionnement des précédents en *common law*. Comme le rappelle Hart :

« Une grande partie de la théorie du droit de ce siècle a pris progressivement conscience du fait important (qu'on a parfois exagéré) que la distinction existant entre les incertitudes de la communication assurée par un exemple qui fait autorité (le précédent) et la certitude de la communication assurée par une formulation linguistique générale dotée d'autorité (la législation), est beaucoup moins rigide que le suggère ce contraste naïf » (*Le concept de droit*, précité, p. 145).

Pour Hart, suivre une règle, c'est suivre la même règle et cela par référence à des règles implicites dans la communauté des juristes. Sous une certaine réserve⁸, il y a des cas évidents et certains, là où il y a un accord sur la signification des concepts (la signification, c'est l'usage). En dehors des cas certains, là où naît la texture ouverte du langage et du droit, le juge dispose d'une marge de discrétion pour décider mais sur les bases de règles propres au raisonnement et à l'argumentation juridiques. Le juge peut travailler comme l'aurait fait le législateur. Il peut prendre en considération des exigences de cohérence du droit et du principe d'égal respect dû à chacune dans une communauté de principe, etc.

⁸ Tout jugement est à la fois un acte de connaissance et un acte de volonté.