



HAL
open science

Qu'est-ce que la technique juridique ?

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Qu'est-ce que la technique juridique ?. Recueil Dalloz, 2004, pp.711-715.
halshs-01886331v1

HAL Id: halshs-01886331

<https://shs.hal.science/halshs-01886331v1>

Submitted on 2 Oct 2018 (v1), last revised 23 Apr 2020 (v2)

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.

Qu'est-ce que la technique juridique ?

Observations sur l'apport des juristes au lien social

Texte publié au Recueil Dalloz, 2004, p. 711 ; repris in Regards croisés sur le lien social, l'Harmattan, 2005.

par Rafael Encinas de Munagerri

Professeur à l'Université de Nantes, Droit et changement social, UMR 6028

Résumé

Si la technique juridique est considérée comme indispensable, elle divise les juristes selon l'importance qu'il convient de lui attribuer dans la définition et le fonctionnement du droit. Cet article vise à rendre explicite ce qu'est la technique juridique et à préciser quel peut être l'apport des juristes au lien social. Il propose de distinguer une conception instrumentale de la technique, ayant pour effet de dissimuler son existence, d'une conception constructive, par laquelle la technique est affirmée. Cette dernière offre l'avantage de mettre en relief les dimensions politiques du droit positif et de clarifier le rôle de la doctrine.

Si le droit n'est pas une technique, il existe des techniques juridiques. En apparence subtile, l'affirmation est banale et s'applique à la plupart des activités humaines (agriculture, construction, musique). Ainsi la guerre n'est pas une technique, même s'il existe des techniques militaires ; la cuisine n'est pas une technique, même s'il existe des techniques culinaires, etc. Que le droit ne puisse être réduit à une technique, ne doit donc pas conduire à nier l'existence d'une technique juridique, ou, si l'on préfère d'un ensemble de techniques juridiques.

L'expression de "technique juridique" n'est pourtant pas populaire tant il est vrai que la technique reste trop souvent assimilée à des outils ou des machines, ce qui est abusif et a souvent été dénoncé¹. Toutes les techniques ne reposent pas en effet sur des procédés matériels ; il suffit de songer à certaines techniques de chasse, de pêche, de méditation, d'hypnose, de propagande ou encore de séduction pour s'en convaincre. La technique du droit relève précisément du groupe de ces techniques immatérielles ; sauf à prêter au langage une certaine matérialité, ce qui ne sera ici discuté.

Qu'est-ce qu'une technique juridique ? L'interrogation pose problème, y compris pour les juristes. La technique juridique intrigue et divise les spécialistes du droit à partir d'une culture commune. Partons d'un relatif consensus : la plupart des juristes occidentaux considèrent que la technique est indispensable au fonctionnement du droit. Former un juriste, c'est d'ailleurs l'initier à la compréhension et au maniement de techniques juridiques au sein d'une société donnée. C'est faire de lui un technicien du droit capable de comprendre des notions ou des distinctions subtiles, par exemple entre la recevabilité d'une action et son bien fondé, entre la nullité d'un acte et son annulation. Le juriste doit non seulement savoir parler la langue du droit, mais aussi utiliser des arguments en vue d'un résultat

¹ Oswald Spengler, *L'homme et la technique*, 1931, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1958, p. 42 ; Jean-Pierre Dérès, *La technique*, Paris, PUF, coll. Philosophie, 1994, p. 55.

concret. Ceux qui disposent de ce savoir-faire, qui ont la maîtrise de cette technique juridique sont qualifiés de juristes, et se reconnaissent comme tels, que ce soit pour œuvrer en commun, ou pour s'affronter dans une argumentation qualifiée de "juridique".

La technique juridique relève du droit positif, c'est-à-dire du droit concret, réel, considéré comme en vigueur au sein d'une société donnée. En revanche, le droit naturel, droit idéal exprimant des valeurs, ne se traduit pas par des procédés techniques. Ainsi, pour Jacques Ellul, historien des institutions connu pour ses réflexions sur la technique, la justice ne peut trouver une traduction technique : "la technique juridique est beaucoup moins assurée que les autres, car il est impossible de transformer la notion de justice en éléments techniques". Affirmer que la justice est irréductible à la technique invite à se demander ce qu'il en est du droit. Quel est le rapport du droit avec la technique ? Les discours des juristes prennent ici un tour polémique.

Pour les uns, se ralliant en France sous la bannière d'auteurs aussi différents que Michel Villey ou Pierre Legendre, la technique juridique n'est pas du droit lorsqu'elle intervient au mépris de Dieu, de la nature de l'Homme, ou de ses fondements anthropologiques. Pour les autres, reprenant une tradition de Hobbes jusqu'à Kelsen, la technique juridique reste valable au sens formel du terme, indépendamment de toute considération morale, sociale ou politique. Par voie de conséquence, le droit peut conduire à des solutions justes mais aussi à des injustices, voire à la barbarie juridiquement organisée. L'État (technique juridique s'il en est) peut ainsi servir des visées démocratiques aussi bien que totalitaires. C'est pourquoi il convient de s'intéresser à la technique juridique et être à même d'exercer une posture critique à son égard.

La technique est-elle pour autant objet de conflit entre jusnaturalistes (par définition hostiles) et juspositivistes (qui y seraient favorables) ? La question mérite éclaircissements.

En premier lieu, la mise en accusation de la technique juridique par les juristes d'inspiration jusnaturaliste doit être nuancée. Le cas du juriste François Gény est ici exemplaire : par une distinction entre la Science, (le donné) et la Technique (le construit), Gény a reconnu toute l'importance de la technique juridique, lorsqu'elle demeure guidée par des principes inspirés par le droit naturel. La technique est admise si, et seulement si, elle est un moyen au service d'une finalité considérée comme supérieure.

En second lieu, la diversité des conceptions du droit ne se réduit pas à l'opposition entre conceptions jusnaturalistes et juspositivistes. Ne serait-ce que parce que ces termes, comme l'a montré le philosophe du droit Norberto Bobbio⁵, peuvent se comprendre tantôt comme méthode d'étude du droit, tantôt comme théorie, tantôt comme idéologie. L'auteur se déclare d'ailleurs jusnaturaliste par idéologie (obéir au droit seulement s'il est juste) et juspositiviste par méthode (aborder le droit comme un fait social, et non comme des valeurs)⁶.

2. Jacques Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, 1960, Paris, Economica, *classique des sciences sociales*, 1990, p. 264. "La technique juridique a sa place, qui n'est d'ailleurs pas tellement facile à définir..." , p. 265.

3. Danièle Lochak et Michel Troper, "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? ", in *Théorie du droit et science*, sous la direction de Paul Amselek, Paris, PUF, coll. *Leviathan*, p. 293.

4. François Gény, *Science et techniques en droit privé positif*, 4 tomes, Paris, Sirey, 1914-1924.

5. Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit* (recueil de textes), traduit par Michel Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, préface Ricardo Guastini, Paris, LGDJ, coll. *La pensée juridique*, 1998, n° 2-3, p. 24-26.

6. *Ibid.*, p. 53.

Comprendre ce qu'est la technique juridique ne nécessite ni d'entrer dans les arcanes des juristes, ni dans la subtilité de leurs querelles. Si la présente contribution prend appui sur une réflexion relative à la technique en général, elle ne prétend pas pour autant à la neutralité. Réfléchir sur la technique invite en effet à prendre position sur deux conceptions qu'il est possible d'opposer à gros traits : l'une envisage la technique comme le rapport entre les fins et les moyens et tend à dissimuler son existence ; l'autre considère la technique dans son aptitude à produire une réalité sociale, ce qui permet de garder conscience de son intervention. Ces deux conceptions déterminent l'objet de la technique et les modalités de son efficacité. Envisageons tour à tour ces deux aspects.

I. Objet de la technique juridique

Dans notre tradition juridique, le droit romain constitue le tournant technique⁷. Ce constat historique est partagé par la plupart des juristes continentaux ayant étudié la technique juridique (Savigny, Ihering, Dabin). Les techniques du droit romain servent à réaliser des finalités concrètes. Ainsi l'invention de la personne juridique a permis de constituer un support de droits et d'obligations⁸. Si la technique reste souvent définie comme un moyen permettant de réaliser certaines fins ; elle est aussi à même de produire une réalité sociale.

A. Conception instrumentale de la technique : un moyen pour parvenir à des fins

La plupart des définitions de la technique restent prisonnières du rapport entre les fins et les moyens. La technique est précisément le moyen qui permet de réaliser certaines finalités. La technique juridique ne fait pas ici exception. Dans son étude sur l'Esprit du droit romain, Ihering insiste sur la technique comme réalisation formelle du droit⁹. Demogue place la technique au niveau de la règle de droit plutôt que de son application aux faits. La technique est "l'étude qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire"¹⁰. Pour Gény, le but primordial et spécifique de la technique juridique est "l'adaptation des moyens à la fin, en vue d'assurer la pénétration efficace du droit dans la vie sociale"¹¹. La technique comprend "tout ce qui fait le métier propre du juriste, ce qui lui crée dans la société un rôle à part, ce qui donne à son activité les formes et les moyens répondant au but spécifique qu'elle poursuit : la réalisation effective de la justice entre les hommes"¹². Mais comme a pu le faire remarquer Ellul, la finalité de l'ordre tend à se substituer à celui, plus fuyant, de la justice. Aussi,

7. Jacques Ellul, op. cit., p. 27. "Tout tient au droit romain, sous ses formes multiples aussi bien publiques que privées. Si l'on cherche à caractériser la technique de ce droit, pendant sa période d'épanouissement, c'est-à-dire du III^e siècle avant au III^e siècle après Jésus Christ, nous pouvons dire d'abord qu'il n'est pas le fruit d'une pensée abstraite, mais d'une vue exacte de la situation concrète, que l'on essaie d'utiliser avec le minimum de moyens possibles".

8. Yan Thomas, "Le sujet de droit, la personne, la nature" in *Le Débat*, n° 100, 1998, p. 85.

9. "Le but de la technique est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants. Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles de droit aux cas concrets ?", *L'Esprit du droit romain*, 1854-55, trad. O. de Meulenaere, t. III, p. 15 et s.

10. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit civil. Essai critique*, 1911, Paris, éd. *La mémoire du droit*, réimpr., 2001, p. 204. Voir aussi Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 1955, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., reprint, 1994, n° 122, p. 308.

11. Gény, *Science et techniques en droit privé positif*, T. III, *Élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, n.a. 1921, n° 181, p. 12.

12. Ibid. n° 188, p. 35.

préfère-il définir la technique juridique comme " l'ensemble des moyens par lesquels les sujets de droit sont amenés à prendre dans le système social où ils sont l'attitude juridique "13. Malgré leurs différences, ces définitions ont en commun de définir la technique juridique comme un moyen en vue de permettre au droit de se concrétiser et de réaliser ses finalités.

Le principal mérite de Gény est d'avoir reconnu le caractère artificiel de la technique. Dans son propos, la forme, le construit, la technique sont distingués des valeurs, du donné, de la science. Ainsi, " la forme consiste en l'œuvre artificielle, par laquelle le juriste doit (doit) s'efforcer de modeler ce qui lui offre le monde, en vue de réaliser, pratiquement et par le menu, les exigences, un peu théoriques et générales, issues du donné. A cela tend précisément la technique, affaire de volonté plus que d'intelligence, qui se spécifie par son caractère constructif, visant à choisir et organiser, comme des sortes de "trucs", les moyens les plus aptes à atteindre les fins suprêmes du droit"14.

Quels sont ces "trucs" de juriste ? Gény propose un inventaire, au demeurant assez hétéroclite, des techniques juridiques. Tous les procédés du droit sont d'ailleurs recensés : des sources formelles du droit (techniques législatives, jurisprudentielles) à leur réalisation par le juge (techniques d'interprétation, de qualification)15. La meilleure illustration des "trucs" utilisés par les juristes réside sans doute dans l'utilisation des présomptions et des fictions afin de faire comme si. Prenons trois exemples tirés du droit des personnes, du droit social, et du droit de la procédure. Premier exemple : selon l'adage latin *infans conceptus pro jam nato habetur*, l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt. Repris par la loi, il tend à faire comme si l'enfant était déjà né, notamment pour lui permettre de bénéficier d'une succession. Deuxième exemple : l'arrêt du 31 mars 1966 a posé une présomption irréfragable de représentativité au profit d'organisations syndicales16. Ces organisations sont considérées (comme si elles étaient) représentatives ; de plus, cette présomption étant irréfragable, elle ne peut être renversée par une preuve contraire. Troisième exemple : l'annulation d'un acte est en principe rétroactive. Ainsi le juge fait comme si l'acte annulé n'avait jamais existé - ce qui lui impose de remettre les choses en l'état.

Inspiré par le droit naturel, Gény adopte une conception essentialiste de la "nature des choses". Le droit vient d'en haut (principes supérieurs) mais s'incarne ici-bas (le donné). La mission du juriste consiste alors de révéler et de mettre en œuvre ce droit naturel par le recours à des procédés techniques artificiels. Afin d'illustrer son propos, l'auteur donne un exemple significatif de sa manière de penser : "La constitution juridique de l'État n'est pas autre chose qu'un ensemble de conventions et d'artifices, tendant à construire fortement, sur l'entité naturelle "nation", les données les plus simples, qui sont à la base de la vie sociale de l'humanité"17.

D'un point de vue historique, c'est bien pourtant l'État qui a précédé la "nation" et non le contraire. La technique juridique de l'État a précisément permis de produire une réalité sociale, " la

13. *Essai*, op.cit., p. 266.

14. Gény, op. cit., n° 182 in fine, p. 17-18, voir aussi, n° 183, p. 23.

15. *Ibid*, n° 195, p. 51-52. De nos jours, l'expression de "technique" reste souvent employée voir par ex : Jean-Marc Meussieren, *Technique contractuelle*, Paris, Francis et Taylor, 2 éd., 1999. Marie-Noëlle et Xavier Lehard-Bachelier, *La technique de cassation. Pourvoi et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. *Méthode du droit*, 5 éd., 2003.

16. Il s'agit d'une organisation patronale (CNAFP devenu M.E.D.E.F) et de cinq organisations de travailleurs (CGT, CFDT, FO, CFTC, CGC).

17. Gény, op. cit., t. III, n° 182, p. 18. C'est nous qui soulignons.

nation", et un effet de vérité "l'État comme forme juridique de la nation". L'exemple pourrait être étendu à toutes les constructions juridiques. Comme de nombreux juristes avant et après lui, Gény postule l'existence d'entités naturelles, et prétend avoir accès à une essence ou à une nature des choses qui nous serait accessible.

Plus encore, la règle de droit est issue de cette nature des choses qui constitue un "donné"¹⁸. Dans la pensée de Gény, la notion de "donné" reste toutefois confuse. À la fois expression d'une transcendance et d'une immanence, elle est un moyen commode permettant à Gény d'articuler le droit (naturel) avec la réalité (sociale). Inconsistante sur le plan conceptuel, la notion de "donné" est aussi fallacieuse. Si la technique juridique est un construit née de la volonté des juristes, elle n'est nullement la conséquence nécessaire d'un "donné"¹⁹. La technique juridique est plus exactement orientée vers un produit, ce qu'une conception approfondie permet d'éclairer.

B. Conception constructive de la technique : produire une réalité sociale

Réfléchir sur la technique conduit à dépasser l'affirmation simpliste selon laquelle la technique se réduit à l'adéquation des moyens à une fin. La technique est plus que cela : elle est à l'origine de transformations matérielles et sociales. "Trop habitué à l'utilisation des moyens, nous oublions qu'elle (la technique) est avant tout génératrice ou productrice d'effets, proches, et surtout lointains, attendus et surtout inattendus, qu'elle ne semble pas connaître les fins (ces fins qui orientent les moyens) ni la fin (comme terme d'un procès temporel)"²⁰.

Sur le plan étymologique, la technique (techné en grec) renvoie à une aptitude à faire, à construire, à produire. L'artisan ou l'artiste font advenir au monde leurs productions. La technique est constructive au sens où elle produit et fabrique une réalité nouvelle. Au terme de ce processus, la réalisation produite prend place dans la réalité. Plus encore : le produit de la technique s'incorpore à la réalité sociale et perd son caractère d'objet²¹. Il est à la fois artificiel (il a été produit) et réel (il prend place dans la réalité).

À sa manière, la technique juridique est elle aussi productrice d'une réalité sociale, constituée d'un ensemble de représentations, qui n'est plus toujours en face de nous comme objet. Une fois constituée, les notions juridiques (la personne juridique, la propriété, l'État) acquièrent réalité au sein d'une société donnée, avec un effet de vérité aussi solide que les entités auxquelles elles se rapportent. La personne juridique devient aussi réelle que l'être humain, la propriété que le rapport d'une personne à un bien, l'État que l'entité politique et administrative qu'il désigne.

Vouloir dénoncer une telle hypostase est une saine réaction : ce qui résulte de la technique juridique - et reste par définition abstrait (une personne juridique, la propriété, l'État) - tend à être traité comme une réalité subsistant par soi. Aller plus loin consiste à comprendre pourquoi une part importante du travail des juristes est de concevoir, de produire et de re-produire sans cesse le droit positif au sein d'une société donnée.

18. Gény, op. cit., t. I, n° 33, p. 97. Ce que révèle la "nature sociale", c'est le donné qui doit "formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut".

19. En ce sens Maurice Tancelin, "Pour en finir avec la modernité de Gény" in François Gény, Mythe et Réalités, sous la direction de C. Thomas, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz, éd. Y. Blais/Daloz/Brussels, 2000, p. 380.

20. Jean-Pierre Dérès, op. cit. p. 44.

21. comp. Martin Heidegger, "La question de la technique", 1954, in Essais et conférences, Gallimard, 1958, reprint coll. Tel, 2001, p. 23.

Avec une conscience et une lucidité plus ou moins grande, les juristes consacrent leurs intelligences et leurs efforts à la perpétuation des croyances réputées fondatrices pour l'ordre social, trop souvent d'ailleurs au profit du pouvoir en place²². Par définition, le juriste est alors dogmatique puisqu'il s'agit de faire croire, et parfois même de croire lui-même, à la réalité du droit, et de ses catégories. L'objet de la technique juridique est alors de maintenir ensemble les fils du lien social, la trame de la société. Toutefois, à la différence du couturier, le juriste n'a pas de corps à habiller, ni de silhouette à embellir. Si le droit est un corset pour la société, c'est seulement par métaphore. La technique juridique vise moins à confectionner un vêtement pour le "corps social", qu'à établir une peau susceptible de "faire corps".

Rares sont pourtant les juristes qui font l'effort de rendre explicite la singularité de leur travail²³, ce qui entraîne d'ailleurs une certaine opacité de leurs activités, voire même un reproche justifié d'hypocrisie. L'attitude la plus commune consiste en effet à maintenir une distance de façade entre la technique juridique et la réalité sociale tout en recherchant en pratique une adaptation du droit au plus près de la société. Affirmer, à titre de constat ou d'idéal, que les techniques juridiques épousent la réalité sociale, que les moyens sont adaptés aux fins, est un subterfuge, pour ne pas dire une "arnaque intellectuelle". Il est plus sincère de reconnaître que la technique est à même de produire une réalité sociale. Autrement dit, l'objet de la technique juridique, consiste bien à faire en sorte que le "construit" (la technique) devienne du "donné", ou plus exactement du "fabriqué" (la réalité sociale produite par la technique).

II. Efficacité de la technique

Aux deux conceptions de la technique esquissées correspondent deux modalités d'efficacité. Considérer que la technique est un moyen en vue de parvenir à une fin conduit trop souvent à dissimuler la technique. Reconnaître la technique comme productrice d'une réalité sociale favorise, en revanche, son affirmation.

A. La technique dissimulée : l'artifice au naturel

L'efficacité de la technique se présente souvent sous la forme d'un paradoxe : la maîtrise de la technique conduit à sa dissimulation pratique. Ce paradoxe a bien été décrit pour le jeu théâtral (paradoxe du comédien) que l'on peut décliner dans le domaine musical et artistique. Le sens commun reconnaît d'ailleurs les plus grandes qualités aux artistes qui savent "faire oublier leur technique", ou encore qui "jouent sans ostentation avec le plus grand naturel". Mutatis mutandis, la technique par laquelle l'homme acquiert la maîtrise de la nature ou du vivant obéit aux mêmes ressorts : si la technique de l'ADN recombinant permet une intervention sur les êtres vivants, elle n'est plus visible lorsque des chimères sont réalisées, à la fois produites et naturelles, comme dans le cas extrême des "souris transgéniques". Inutile de multiplier ici les exemples. Dans les arts comme dans les sciences, la technique semble d'autant plus efficace qu'elle est occultée comme telle.

Ainsi dissimulées, les techniques sont perçues comme autant de boîtes noires, à la fois opaques et

22. Alain Supiot, "Grandeur et petitesse des professeurs de droit" in Les Cahiers de Droit, vol. 42, n° 3, sept. 2001, p. 595 qui cite la formule de Comte selon laquelle "le dogmatisme est l'état normal de l'intelligence humaine".

23. Pour une tentative d'élucidation des "constructions du social qu'épère le droit", pour reprendre la formule de Yan Thomas- voir la revue Enquête, éd. Parenthèses, L'HÉSS, n° 7, 1998, not. le dossier "Le droit et la nature des choses" réalisé par Marie-Angèle Hermitte, Marcela Jacob et Florence Bellivier où la technique juridique est présentée parmi d'autres.

indispensables. Quant aux techniciens, aimés et redoutés, ils sont placés tantôt dans une position de faiblesse (ils ne sont que des intermédiaires) tantôt dans une situation de force (il n'est pas possible de se passer d'eux).

Les processus de dissimulation de la technique juridique sont comparables. L'artifice juridique est reconnu, mais sa présence reste souvent occultée afin qu'il s'intègre dans la réalité comme une sorte de "donnée naturelle". Gény exprime assez bien cet effort pour réduire la technique à son juste minimum et la faire basculer du côté du "donné": "Les règles de droit, se dégageant des réalités sociales [...] ne doivent, en principe, être coulées dans le moule de procédés intellectuels, qu'en tant que ceux-ci sont nécessaires pour donner à ces directions de la vie une formule capable d'entraîner des volontés intelligentes. Et, moins les éléments artificiels de la pensée s'interposent entre l'homme et la vie, plus efficace et sûre sera l'action des préceptes. De sorte que la réalisation idéale du droit tend à l'extrême réduction et jusqu'à l'effacement des constructions pures de l'esprit"²⁴. La technique juridique se présente alors, si l'on ose dire, comme une sorte de superstructure appelée à disparaître lorsque les mentalités seront imprégnées par les nouveaux modèles à suivre. Le reste est question de temps et d'acculturation. À cet égard, le mariage est moins perçu comme une technique juridique que le "Pacs", ce qu'il reste pourtant aussi. L'objectif des juristes dogmatiques est pourtant de rendre la technique invisible, de replier la notion juridique abstraite sur la réalité concrète. L'efficacité de la technique juridique apparaît alors d'autant plus efficace qu'elle est dissimulée dans des notions ou des principes qui paraissent naturels et auxquels il faudrait croire comme s'il s'agissait de réalités tangibles.

Cette dissimulation a aussi pour conséquence de favoriser le cloisonnement entre technique et politique. D'un côté le groupe des juristes, techniciens du social, de l'autre, celui des citoyens, administrés et autres sujets de droit. Le souci d'établir et de maintenir un tel partage perdure depuis le très conservateur Savigny (1779-1861) qui distingue les juristes (élément technique) du peuple (élément politique). Si le peuple est à l'origine de la création "spontanée" du droit, ce sont bien les juristes qui permettent de réaliser son élaboration scientifique grâce à la technique. Cette ligne de partage est toujours bien gardée, du moins si l'on en juge par certains manuels de droit où technique et politique sont conçues comme deux pôles opposés²⁵. Plus trouble est la manière dont la doctrine doit se situer: elle ne doit s'égarer ni dans la posture du technicien borné, ni dans celle du militant engagé. Positivement, il s'agirait plutôt de conjuguer les deux pour devenir une sorte de technicien engagé. Toutefois le style juridique français repose sur une double dissimulation: dans le débat doctrinal (en interne), les convictions sont occultées au profit de la technique; dans le débat social (en externe), la technique est dissimulée au profit d'une prétendue neutralité censée correspondre à la recherche "scientifique" d'une voie moyenne.

Dans une démocratie, il est pourtant regrettable que la technique juridique reste à la fois obscure et inaccessible à la majeure partie de la population. Occulter la technique juridique permet de promouvoir la sujétion dogmatique au détriment de la réflexion critique. Croire en l'homme, participer à son éveil, c'est lui donner les moyens de comprendre les ressorts de la technique juridique, à la fois pour qu'il se l'approprie et puisse la remettre en cause.

B. La technique affirmée: la nature de l'artifice

24. Gény, op. cit., n° 227, p. 256. C'est nous qui soulignons.

25. Philippe Malaurie et Patrick Merwan, Introduction générale, Droit civil 2004 Paris, Defrénois, 2003, n° 376, p. 274.

Dans sa préface à la première édition française de *La Théorie pure du droit* datée de 1934, Kelsen explique pourquoi son ouvrage a donné lieu à tant d'opposition et de haine²⁶. La lutte "porte sur les rapports du droit avec la politique ; elle a pour enjeu la saine séparation de l'une d'avec l'autre, c'est-à-dire 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, même s'ils se présentent, en toute bonne foi, comme l'idéal d'une religion, d'une nation ou d'une classe". Kelsen irrite parce qu'il dénonce l'hypocrisie politique et morale des juristes qui ne cessent de prétendre imposer leurs vues au nom d'un droit réputé objectif.

La théorie de Kelsen se présente comme l'élaboration formelle d'une science purifiée de toute considération politique, ce qui se comprend assez bien dans le contexte d'une époque saturée d'idéologies et propices à l'affirmation du droit parmi les sciences sociales. Elle conduit à dissocier le droit de la politique, et à rendre possible, par là même (ce qui est souvent mal compris), la politisation du droit. Dans un premier mouvement, la technique du droit est apolitique. Les notions "d'État" ou de "contrat" ne sont pas plus libérales que socialistes, fascistes que communistes. Affirmer la puissance de la technique juridique, s'émanciper a priori de toutes prétentions politiques ou morales, offre l'avantage de mettre le droit à nu, de faire apparaître la nature artificielle/formelle de ses techniques, et surtout de garder conscience de cet artifice. Le terrain est alors dégagé. La politique peut alors, dans un second mouvement, réinvestir la technique juridique.

L'aveu ne jamais avoir eu de fascination pour les constructions de la théorie pure, même si j'admire l'adresse de son auteur pour combattre les juristes moralisateurs et donneurs de leçons²⁷. Pour ma part, je serais plutôt tenté de politiser ouvertement le débat juridique, surtout dans ses aspects les plus techniques²⁸ ; ou encore d'adopter une posture archi-technique à même d'éclairer le style juridique français. Avec plus de recul et de finesse, Carlos Herrera nous invite à prendre conscience de l'espace entre le droit et la politique et des "notions vides" par lesquelles les idées politiques acquièrent une signification juridique, et dont une "théorie juridique du politique" permet de rendre compte²⁹. Les pistes de recherche visant à éclairer le rôle du juriste au regard du lien social sont donc multiples. Toutes nous semblent devoir prendre pour point de départ l'affirmation de la technique juridique, par laquelle transite les désirs de changement social, comme ceux de verrouillage de la société.

En définitive, quel peut être l'apport des juristes au lien social ? Loin des figures repousseurs du technicien servile au service du pouvoir ou du prophète incantatoire méprisant le peuple, il est d'agir à visage ouvert et d'employer avec courage et perspicacité une langue à même de tisser les liens sociaux, comme de les défaire et de les renouer.

26. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1960, traduction française de la 2^e édition de la Reine Rechtslehre par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. IX.

27. En ce sens, "Kelsen et la théorie générale du contrat" in *Actualité de Kelsen en France*, sous la direction de Carlos Miguel Herrera, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 109.

28. Pour une analyse du caractère politique de l'activité juridictionnelle, voir Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, (fin de siècle), Harvard University Press, 1997.

29. Voir Carlos M. Herrera, *Droit et gauche. Pour une identification*, recueil de textes, Les presses de l'université Laval, (Québec), 2003, p. 1-7.